فقه الصادق

تأليف

فقيه العصر سماحة آية الله العظمى المرجع الديني المجاهد

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

١٩

بسم الله الرحمن الرحیم

فقه الصادق عليه السلام

كاتب:

محمد صادق روحانى

نشرت فى الطباعة:

دارالكتاب

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، المجلد ۱۹

اشارة

سرشناسه : روحانی، سیدمحمدصادق، ۱۳۰۳ –

عنوان و نام پدیدآور : فقه الصادق/ تالیف محمدصادق الحسینی الروحانی.

مشخصات نشر : قم: دار الکتاب، ۱۴ق = ۱۳ –

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : ۲۰۰۰ ریال (ج.۲، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۳، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۴، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۵، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۶، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۷، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۸، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۹، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۱۰، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۱۱، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (۱۴، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۱۵، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۱۹، چاپ سوم)

یادداشت : عربی.

یادداشت : فهرستنویسی براساس جلد شانزدهم، ۱۴۱۳ق = ۱۳۷۱.

یادداشت : این کتاب شرحی بر تبصره المتعلمین فی احکام الدین علامه حلی است.

یادداشت : ج.۱ – ۱۰ و ۱۵ (چاپ سوم: ۱۴۱۲ق = ۱۳۷۰).

یادداشت : ج.۱۱، ۱۴ (چاپ سوم: ۱۴۱۳ق = ۱۳۷۱).

یادداشت : ج.۱۹ (چاپ سوم: ۱۴۱۴ق. = ۱۳۷۲).

یادداشت : کتابنامه.

عنوان دیگر : تبصره‌المتعلمین فی احکام‌الدین.

موضوع : علامه حلی، حسن‌بن یوسف، ۷۲۶ – ۶۴۸ق. تبصره المتعلمین فی احکام الدین -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : علامه حلی، حسن‌بن یوسف، ۷۲۶ – ۶۴۸ق. تبصره المتعلمین فی احکام الدین. شرح

رده بندی کنگره : BP۱۸۲/۳/ع۸ت۲۰۲۱۴ ۱۳۰۰ی

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م۷۳-۲۴

المقدمه

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیم

الحمد للّه رب العالمین و الصلاهٔ و السلام علی اشرف الخلائق أجمعین محمد و عترته الطیبین الطاهرین.

و بعد، فهذا هو الجزء التاسع عشر من کتابنا (فقه الصادق) و قد وفقنا اللّه تعالی لطبعه، و المرجو منه تعالی التوفیق لنشر بقیهٔ الاجزاء، فانه ولی التوفیق.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۹

کتاب الإجارهٔ و الودیعهٔ و توابعهما. و فیه فصول، الفصل الاول: فی الإجارهٔ

کتاب الاجارة و الودیعة و توابعهما

اشارة

و فیه فصول،

الفصل الاول: فی الاجارة

اشارة

. و هی مصدر من أجر بمعنی أکری- اذا جر مجردا- قد یستعمل بمعنی آجر کما عن بعض اللغویین، فهی نظیر الکتابة التی هی مصدر کتب، ففی خبر تحف العقول: و اما تفسیر الاجارة فاجارة الانسان نفسه أو ما یملک ... الخ «۱».

و قد وقع الخلاف فی مفهومها بعد الاتفاق علی انه لا حقیقة شرعیة لها و لا متشرعیة، و محل الخلاف جهات:

۱- هل الاجارة هی الایجاب و القبول الدالان علی انتقال المنفعة أو العمل بعوض، ام هی تملیک المنفعة أو العمل بعوض، ام انتقال ذلک أو غیر تلکم کلها؟.

۲- هل تستعمل الاجارة فی نقل العین ایضاً ام لا؟.

۳- هل هی اسم لأحد طرفی العقد و هو الایجاب، ام للطرفین؟.

۴- انها تملیک للمنفعة أو العمل بعوض، أو انها بمعناها الاسمی اضافة خاصة فی العین المستأجرة بالاضافة الی المستأجر، مستتبعة لملکه أو استحقاقه لمنفعتها أو عمله؟ و بعبارة اخری: انها جعل العین بالاجرة و هی اضافة خاصة فی قبال اضافة الملکیة، ام هی تملیک للعین فی جهة خاصة فی مدة معلومة فی مقابل البیع الذی هو تملیک للعین فی جمیع الجهات الی الابد؟

---

(۱) الوسائل- باب ۲- من ابواب ما یکتسب به- من کتاب التجارة- حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۰

[...]

و قبل الدخول فی البحث فی الجهات الاربع، لا بدّ و ان یعلم ان فی الاجارة و غیرها من المعاملات امورا اربعة:

احداها: اعتبار المتعاقدین القائم بهما.

ثانیها: ابراز ذلک باللفظ أو غیره.

ثالثها: امضاء اهل العرف ذلک الاعتبار، و اعتبارهم ما اعتبراه.

رابعها: امضاء الشارع و اعتباره.

و أما ما اشتهر من ان الانشاء ایجاد معنی- کالملکیة أو غیرها- باللفظ فلا واقع له، فان الوجودات الحقیقیة للمعانی لا یمکن ایجادها الا باسبابها الخارجیة و اللفظ لیس منها. و الوجودات الاعتباریة بعضها یکون متحققا قبل الانشاء، و هو اعتبار المنشأ نفسه، فلا یعقل تحققه به، اضف الیه ان اعتباره من افعال النفس و هی توجد بفاعلیتها بلا احتیاج الی اللفظ و غیره. و بعضها- و هو اعتبار العقلاء أو الشارع- و ان کان بعد الانشاء و مترتبا علیه، الا ان الانشاء موضوع له، و اما سببه فهو نفس المعتبر.

نعم، تسمیة الانشاء ایجادا، بمعنی انه بضمیمة الاعتبار النفسانی موضوع لاعتبار العقلاء و الاعتبار الشرعی، حیث ان بناء العقلاء و الشارع علی عدم اعتبار الملکیة فی الاجارة- مثلا- الا مع اعتبار المتعاقدین بقید الاعلام به، لا بأس بها. و علی ما ذکرناه، فلا سببیة فی باب العقود و الایقاعات رأسا.

و کیف کان، فللفقهاء فی الجهة الاولی من البحث اقوال، و المهم منها ثلاثة: الاول: ما هو المشهور بینهم، و هو ان الاجارة هی الإیجاب و القبول الدالان علی انتقال المنفعة أو العمل بعوض.

و فیه: اولا: ان الاجارة علی ما یظهر من مشتقاتها قائمة بالمؤجر، لا به

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۱

[...]

و بالمستأجر معا.

و ثانیا: ان الاجارة تنشأ باللفظ، و لا معنی لانشاء الإیجاب و القبول به. و بعبارة اخری: انها بحسب الفهم العرفی التملیک الخارجی لا الوجود اللفظی للانشاء، و الا لما کان معنی لانشائه، بل کان اظهاره اخباراً لا إنشاء.

الثانی: ما عن جمع، من انها تملیک منفعة أو عمل بعوض.

و فیه: انه لا یمکن الالتزام بالتملیک فی جملة من الموارد، منها: استئجار محل من غلة العین الموقوفة، لتجتمع فیه الاموال الموقوفة و تکون محفوظة، فانه لا یملکه احد کما لا تملک الغلّة نفسها.

الثالث: ما عن جماعة منهم المصنف ره، و هو انها انتقال منفعة أو عمل من شخص الی غیره بعوض مقدر.

و فیه: ان الاجارة بحسب معناها العرفی قائمة بالمؤجر لا بالعوضین، و الانتقال قائم بهما، مع ان الانتقال اثر الاجارة لا عینها. و هناک تعاریف اخر ظاهرة الفساد.

فالحق ان یقال انها اعطاء منفعة أو عمل بإزاء شیء، و هذا بحسب الموارد یختلف أثره، فقد یکون أثره ملکیة المنفعة أو العمل کما فی غالب مواردها، و قد یکون قیام المنفعة مقام عوضها فیما له من التعلق و الاضافة بجهة، کالمحل الذی استؤجر لغلة المسجد من الغلة.

و أما الجهة الثانیة فعن الشیخ الاعظم ره: ان لفظ الإجارة یستعمل عرفاً فی نقل بعض الاعیان- کالثمرة علی الشجرة- و ایّده بعضهم بانه فی بعض الاخبار اسند الإجارة الی نفس الثمرة، کصحیح الحلبی عن مولانا الصادق علیه السلام: تقبل الثمار اذا تبیّن لک بعض حملها سنة و ان شئت اکثر، و ان لم تبیّن لک ثمرها

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۲

[...]

فلا تستأجر «۱».

و فیه: ان المراد من الثمرة علی الشجرة ان کان هی الثمرة الموجودة فعلا، فلا شبهة فی انها لا تقع موردا للاجارة، و لا تصح اجارة الشجرة لتلک الثمرة، لانه لم یحتمل احد صحة استئجار عین لاجل عین اخری موجودة، کاستئجار الشاة للبنها المحلوب. و ان کان المراد بها شأنیة ظهورها علیها، فاستیجار الشجرة لها و ان کان صحیحا و تنتقل هی الی المستأجر، الا ان الاجارة لم تستعمل فی نقل الاعیان بل فی نقل المنافع.

و أما الصحیح فالظاهر ان المراد بالاستئجار فیه الاشتراء، اذ من المعلوم ان ظهور الثمرة لیس شرطا فی استئجار الشجرة، و انما هو شرط

فی بیع الثمرة، و علیه فالمراد من لفظ التقبّل فی صدره الشراء دون الاستئجار. فالاظهر عدم استعمالها فی نقل الاعیان.

و أما الجهة الثالثة: فالظاهر- کما اعترف به غیر واحد- ان ألفاظ العقود برمتها اسام لأحد الطرفین و هو الایجاب، و یظهر ذلک من سائر مشتقاتها، مثل: آجرتک، و بعتک، و وهبتک، و ما شاکل. نعم، الایجاب المجرد عن القبول لا یطلق علیه شیء من عناوین العقود حتی فی نظر الموجب، بل الایجاب المشروط بتعقب القبول یصدق علیه ذلک، فالقبول شرط لا جزء.

و أما الجهة الرابعة: فالمشهور بین الاصحاب انها تملیک المنفعة او العمل بعوض، اورد علیه بایرادات:

۱- ما عن المحقق الخراسانی و تبعه غیره، و هو ان الاجارة تتعلق بالعین و لا

---

(۱) الوسائل- باب ۲- من ابواب بیع الثمار حدیث ۴.

[...]

تتعلق بالمنفعة و العمل، یقال: آجرتک داری، و لا یقال: آجرتک سکنی داری و لا عملی، فیستکشف من ذلک ان معناها لا تعلق له بالمنفعة و العمل، و لهذا ذهب الی ان مفهوم الاجارة جعل العین بالاجرة، و هی اضافة خاصة فی قبال اضافة الملکیة.

و فیه: ان مفهوم الاجارة علی مسلک المشهور تملیک المنفعة، و هذا لا بدّ و ان یتعلق بالعین، اذ لا معنی لتملیک منفعة المنفعة. و بعبارة اخری: المنفعة مأخوذة فی مفهوم الاجارة، فعدم تعلق الاجارة بالمنفعة لا ینافی کونها تملیکا للمنفعة. و اما ما ذکره فی معناها فسیأتی الکلام فیه ان شاء اللّه تعالی.

۲- ان المنفعة معدومة حال الاجارة فلا یقع التملیک علیها، لانها من مقولة الاعراض و هی لا تتقوم الا بالمحل الموجود، فلا یمکن ان تکون المنفعة موضوعة للملکیة.

و فیه: انه للملکیة مراتب:

الاولی: الملکیة الحقیقیة، و هی عبارة عن السلطنة التامة، بنحو یکون زمام امر المملوک بید المالک حدوثا و بقاء، و هی مخصوصة باللّه تعالی لکونه محیطا بالموجودات احاطة قیومیة.

الثانیة: الملکیة الذاتیة و السلطنة التکوینیة، و هی الحاصلة بین الشخص و نفسه او عمله او ذمته. و المراد بالذاتی ما لا یتوقف تحققه علی امر خارجی تکوینی او اعتباری، لا الذاتی فی باب الکلیات الخمس و هو الجنس و الفصل، و لا الذاتی فی باب لبرهان و هو ما ینتزع من مقام الذات و النفس، و العمل، و الذمة مملوکة للشخص بالملکیة الذاتیة.

الثالثة: الملکیة المقولیة الخارجیة، و هی عبارة عن الهیئة الحاصلة من احاطة شیء بشیء، کالهیئة الحاصلة من التعمم و التقمص و ما شاکل.

[...]

الرابعة: الملکیة الاعتباریة، و هی التی یعتبرها العقلاء أو الشارع الاقدس من جهة المصلحة الداعیة الی ذلک.

اما المرتبتان الاولیتان فهما غیر مربوطتین بالمقام، و لیستا من الاعراض.

و أما الثالثة فهی من المقولات، و تسمّی مقولة الجدة، و فی تحققها یحتاج الی محل موجود خارجی تقوم به.

و أما الرابعة فهی لیست من الاعراض کی لا تتحقق الا بالمحل الموجود، بل هی امر اعتباری، و الاعتبار لا یحتاج الّا الی طرف فی افق

الاعتبـار، و هو کمـا یکون عینـا خارجیـهٔ کـذلک یکون کلیـاً، بـل ربمـا یکون المالـک کلیـا، ککلی الفقیر و السـید فی باب الزکاهٔ و الخمس.

و علی ذلـک فالمنـافع و ان کانت معدومـهٔ، الا انه من جهـهٔ کونها مقـدورهٔ التسـلیم بتبع العین الخارجیـهٔ، و یترتب علی اعتبار ملکیتها الاثر، لا مانع من اعتبارها.

۳- ان منفعـهٔ الدابـهٔ مثلا انما هی رکوبها، و من الواضح انه من اعراض الراکب لا المرکب، و عرض الراکب لو کان مملوکاً، فانما هو مملوک له لا لصاحب المرکب حتی تصح اجارته. و بالجملهٔ ان ما لا یملکه المؤجر و هو مالک الدابهٔ کیف یملکه المستأجر، مع ان فاقد الشیء لا یکون معطیا له!.

و فیه: ان المنـافع من الرکوب و السـکنی و مـا شاکل من الامور التی تقوم بطرفین: احـدهما المنتفع- و الآخر ما ینتفع به، مثلا الرکوب قـائم بالراکب و المرکب، فهو من الجهـهٔ الاولی لیس مملوکا لصاحب الدابـهٔ، لکنه من الجهـهٔ الثانیـهٔ- ای الاضافهٔ الی الدابـهٔ- یکون مملوکا لصاحبها فله تملیکه ایاه.

فتحصل انه لا مانع من الالتزام بان الاجارهٔ عبارهٔ عن تملیک المنفعهٔ الا ان الکلام فی تعیّن ذلک، و سیأتی ما هو الحق.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۵

[...]

و قد عرفت ان هناک قولین آخرین:

احدهما: ما عن بعض المدققین، و هو ان الاجارهٔ تملیک للعین فی جههٔ خاصهٔ فی مدهٔ مخصوصهٔ.

و اورد علیه المحقق الاصـفهانی ره بان معروض الملکیـهٔ ان کان نفس تلک الجهـهٔ عاد محـذور تعلق الملکیهٔ بالمنفعهٔ. و ان کان هی العین المخصـصهٔ بجههٔ و العین المتحیثهٔ بحیثیهٔ مخصوصهٔ بما هی مقیدهٔ بها، لزم اجتماع ملکین استقلالیین علی عین واحدهٔ، و تقییدها بالجههٔ تارهٔ و اطلاقها اخری لا یوجب تعدد الموضوع.

و فیه: ان عـدم اجتماع ملکین اسـتقلالیین فی مورد واحد، لیس من جههٔ عدم اجتماع اعتبارین فان ذلک فی نفسه أمر ممکن، بل عدم الاجتمـاع یکون بـالعرض و بواسـطهٔ التنـافی فی الآثـار، فـاذا فرضـنا کون الملکین نحوین، و لکل منهما أثر لا ینافی الآخر، لا مانع من الالتزام باجتماعهما.

فالصـحیح ان یورد علیه بـان الاجارهٔ لیست معاملـهٔ تأسیسـیهٔ شـرعیهٔ، بل هی معاملـهٔ عقلائیـهٔ متداولـهٔ بین جمیع العقلاء امضاها الشارع الاقدس من دون ان یتصـرف فی مفهومها، و من الواضح ان العقلاء و العرف فی مقام الاجارهٔ لا یملکون العین. مع انه لو تم ذلک فی اجارهٔ العین لا یتم فی اجارهٔ الحر نفسه للعمل، فانه لا یملک نفسه، و هذا واضح جدا. فهذا القول مما لا یمکن الالتزام به.

ثانیهما: ما عن المحقق الخراسانی ره، و هو ان الاجارهٔ جعل العین بالاجرهٔ، و هی اضافـهٔ خاصهٔ فی قبال اضافهٔ الملکیهٔ. و بعبارهٔ اخری: هی عبارهٔ عن التسلیط علی العین للانتفاع بها بعوض.

و فیه: انه للسلطنهٔ علی العین معان:

الاول: السلطنهٔ التکلیفیهٔ، ای الترخیص التکلیفی فی التصرف فیها.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۶

[...]

الثانی: السلطنهٔ الوضعیهٔ، ای السلطنهٔ علی المعاملات و نفوذها.

الثالث: السلطنة الفعلية الخارجية.

الرابع: السلطنة الاعتبارية.

و لا اشكال فى ان المراد بالسلطنة الانشائية ليس هى السلطنة التكليفية او الوضعية او الخارجية.

اما الاولى فلان جواز التصرف اعمّ من مورد الاجارة، مع ان جواز التصرف من آثار الملك و احكامه و للمالك ان يأذن فى التصرف، و ليس بنفسه مما يقبل النقل و الانتقال.

و أما الثانية فلانه لا يجوز تصرفات المستأجر المعاملية لنفسه.

و أما الثالثة فواضح.

فلا محالة يكون المراد السلطنة الاعتبارية المعبّر عنها بالحق، و هى دون مرتبة الملكية، و حيث انه ليس لكل احد سلطنتان على ماله: سلطنة ملكية و سلطنة حقية اعتبارية، اذ مع الاولى يكون اعتبار الثانية لغوا لا مورد لها، فلا تكون الاجارة التسليط على العين، فان فاقد الشىء لا يكون معطيا، و السلطنة المترتبة على الملكية المعبّر عنها بحق القبض على العين للانتفاع بها انما هى السلطنة الوضعية و التكليفية لا الاعتبارية.

اللهم الا ان يقال: ان هذه السلطنة و ان لم تكن ثابتة للمالك الا ان له اعطائها بالغير، كما ان عمل الحر ليس ملكا للعامل و يملكه للمستأجر.

و لكن يرد عليه: ان ثبوت هذا الحق له بمعنى له ان يعتبر حقاً فى العين للمستأجر لم يدل عليه دليل، مع ان المعاملات العرفية اى الاجارة التى يوقعها العرف و العقلاء ليست كذلك، و لا يخطر ذلك ببالهم. فالاظهر ان الاجارة هى تمليك منفعة او

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۹، ص: ۱۷

و شروطها ستة: العقد، و هو الايجاب و القبول الدالان بالوضع على تمليك المنفعة مدة من الزمان بعوض معلوم،

عمل بعوض كما افاده المشهور.

العقد و شرائطه و حيث ان للاجارة اركانا، و لكل ركن منها شرائط و احكاما، فلا بد من البحث فى مقامين:

[المقام] الاول: فى اركانها و شروطها

اشارة

، و افاد المصنف انها ستة، و لكن ستعرف انها اكثر، و الكلام فى ذلك فى مواضع.

[الموضع الاول فى شرائط العقد]

اشارة

احدها: يعتبر فيها العقد و قد عدّه المصنف فى المقام من الشروط، و فى القواعد عدّه ماهية الاجارة، و الامر سهل، قال الشهيد: و العقد جنس و الباقى المذكور بعده خاصة مميزة.

و هو الايجاب و القبول الدالان بالوضع او غيره مما يكون مبرزاً عرفاً على تمليك المنفعة او العمل مدة من الزمان بعوض معلوم.

و تفصيل ذلك بالبحث فى فروع:

١- لا ریب فی احتیاج الاجارة- التی کما عرفت تملیک منفعة او عمل بعوض و ذلک امر اعتباری قائم بالنفس- الی الابراز فی الخارج، و یعبر عن مبرزها من المعتبر بالایجاب، و عن المبرز من الطرف بالقبول، وجه الحاجة: ان بناء العقلاء علی عدم ترتیب آثار المعاملات علی الاعتبارات النفسانیة المجردة.

٢- یکفی فیهما کل لفظ دال علی المعنی المذکور، لانه لم یدل دلیل علی انحصار المبرز فی العقود و الایقاعات بمبرز معین الا فی بعض الموارد، فمقتضی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ١٨

]...[

الاطلاقات و العمومات کفایة کل مبرز.

فما فی المتن- من التقیید بان یکون ذلک بالوضع- لا دلیل علیه. و اما ما ذکرناه من اعتبار کونه دالّا علیه عرفاً، فوجهه ان بناء العرف و العقلاء علی عدم ترتیب آثار المعاملة علی الاعتبار النفسانی المبرز، بما لا یکون له شأنیة ذلک عندهم- کما لو مشی بقصد انشاء الزوجیة- و ان شئت قلت- جریا علی اصطلاح القوم: انه یعتبر کون الانشاء بما یکون مصداقا لعنوان المعاملة.

جریان المعاطاة فی الاجارة

٣- هل تجری المعاطاة فی الاجارة ام لا؟ فیه وجهان بل وجوه.

قال المحقق الثانی فی جامع المقاصد: و اعلم ان فی کلام بعضهم ما یقتضی اعتبار المعاطاة فی الاجارة، و کذا فی الهبة و نحو ذلک، لانه اذا امره بعمل علی عوض معین عمله و استحق الاجر، و لو کانت هذه اجارة فاسدة لم یجز له العمل و لا یستحق اجرة مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلک، انتهی. و قریب منه ما عن المسالک.

و فیه انه: یمکن ان یکون ذلک من باب استیفاء العمل بالامر المعاملی الموجب للضمان. و کیف کان، ففی المسألة اقوال:

احدها: جریانها فیها مطلقا.

ثانیها: عدم الجریان کذلک.

ثالثها التفصیل بین الاجارة علی المنفعة فالاول، و بین الاجارة علی العمل فالثانی.

و الاظهر هو الاول، بناء علی ما هو الحق من صحة انشاء العقود و الایقاعات

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ١٩

]...[

بکل ما یکون مبرزا لها، بلا اعتبار اللفظ فی المبرز، کما حققناه فی کتاب البیع و اوضحناه.

و استدل لعدم الجریان فیها تارة بان المعاطاة انما التزمنا بجریانها فی البیع من جهة الاجماع و السیرة، و هما غیر ثابتین فی المقام.

و اخری بان الاجارة لازمة کما یأتی، و المعاطاة اما مفیدة للملکیة الجائزة او الاباحة، فلا تجری فیها.

و ثالثة بانه لیس فعل صالح لانشاء الاجارة به، فان اعطاء العین و دفعها یلائم مع تملیکها لا تملیک منافعها، و لا یعنون عند العرف بعنوان الاجارة.

و کل مردود. اما الاول فلما تقدم من ان مقتضی القاعدة جریانها فی جمیع العقود و الایقاعات.

و أما الثانی: فلما مر فی کتاب البیع من ان المعاطاة تفید الملکیة اللازمة، مع انه لو دل الدلیل علی عدم لزومها فی مورد خاص، یقیّد به اطلاق ما دل علی لزومها.

و أما الثالث فلان محل البحث انشاء الاجارة بالفعل، و لم یقع عنوان المعاطاة تحت الدلیل کی یقتصر علی مورد تحقق التعاطی.

و علیه فلو تم هذا الوجه، فحیث انه مختص بالاعطاء الخارجی و لا ـ یجری فی جمیع الافعال حتی مثل الاشارة بالرأس- کما لو سأله سائل: هل تؤجر دارک بزید؟ فحرک رأسه، و ما شابه ذلک- فلا یعتمد علیه.

مع انه غیر تام، فان اعطاء العین اعمّ من الهبة و الصلح و القرض و البیع و الإجارة، فکما یقال انه بالتساوم علی البیع مثلًا و قصد ذلک یکون الاعطاء مصداقا للبیع علی المشهور و مبرزاً له عرفاً علی المختار، کذلک فی المقام نقول ان تسلیم العین فی اول المدة بقصد اجارتها فی جمیعها یکون مع

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٢٠

]...[

التساوم قبله مصداقاً او مبرزا لها.

و استدل للثالث بانه فی اجارة الاعیان للمنافع یوجد فعل مبرز لعنوان الاجارة، و لا یوجد ذلک فی اجارة الحر نفسه للعمل، فان الفعل المبرز لیس الا العمل الخارجی، و هذا لیس مصداقاً للاجارة المتعلقة بالنفس، فلا تجری فیها.

و فیه- مضافا الی ما تقدم من ان هذا لو تمّ فانما هو فی الاعطاء لا ـ فی کل فعل و لو کان هو الاشارة-: انه اذا فرضنا التساوم علی الاجارة، یکون الشروع فی العمل بقصد اجارة نفسه علی کل ما تساوما علیه ایجابا للاجارة. فالاظهر جریان المعاطاة فی الاجارة مطلقا.

و یجوز ان یکون الایجاب بالقول و القبول بالفعل، لاطلاق الادلة و عمومها. و استدل لعدم الجواز بانه لیس عقداً و لا معاطاة.

و فیه: انه لم یرد دلیل علی لزوم کون الانشاء بالعقد او المعاطاة، بل الدلیل دل علی لزوم الابراز بلا تعیین لخصوص مبرز، فالاظهر کفایته.

انشاء الاجارة بصیغة البیع

۴- هل یصح انشاء الاجارة بصیغة البیع ام لا؟ لا إشکال فی عدم صحته لو قال فی الایجاب: بعتک الدار- مثلا- فان لفظ البیع اذا تعلق بالعین لا ظهور له فی الاجارة حتی مع قصدها، و قد مر اعتبار ذلک.

انما الکلام فیما لو قال: بعتک منفعة الدار، او سکنی الدار- مثلا- و قصد به الاجارة، فقد نسب الی المشهور عدم الصحة، و فی المسالک: و ظاهر التذکرة ان ذلک اجماعی، لانه نسبه الی علمائنا، و لکن المصنف تردد، و فی التحریر جعل المنع اقرب،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٢١

]...[

انتهی.

و کیف کان، فقد استدل لعدم الصحة بوجوه:

احدها: ما عن الایضاح و المسالک، و هو ان کل عقد مخصوص له صیغ مخصوصة شرعاً، فلا بد من الاقتصار علی القدر المتیقن، و المراد من ذلک الالفاظ الواردة فی الاخبار فی مقام بیان الاحکام الثابتة للمعاملة، و الا فلیس فی النصوص ما یدل علی ان عقد کذا

صیغته کذا.

و فیه: ان ذلک یتمّ اذا لم یکن لدلیل المعاملة عموم او اطلاق، و الا فمقتضاه کفایة کل مبرز له کما مر.

ثانیها: ان البیع وضع لنقل الاعیان، فاستعماله فی نقل المنفعة مجاز، و قد ادعی الاجماع علی عدم جواز الانشاء بالمجازات.

و فیه: ان الانشاء بالمجاز اذا کان مع القرینة لا مانع عنه، کما مر فی کتاب البیع.

ثالثها: ما فی الجواهر، و هو استهجان العقد بذلک فی عرف المتشرعة.

و فیه- مضافا الی منع الاستهجان-: انه بمجرده لا- یمنع عن صحة الانشاء. فالاظهر صحته، و یشهد له- مضافا الی ما قدمناه- موثق اسحاق بن عمار عن العبد الصالح علیه السلام عن رجل فی یده دار لیست له و لم تزل فی یده و ید آبائه، من قبل قد اعلمه من مضی من آبائه انها لیست لهم و لا یدرون لمن هی، فیبیعها و یأخذ ثمنها؟ قال علیه السلام: ما احبّ ان یبیع ما لیس له. قلت: فانه لیس یعرف صاحبها و لا یدری لمن هی و لا أظنه یجیء لها ربّ ابدا. قال علیه السلام: ما احبّ ان یبیع ما لیس له. قلت: فیبیع سکناها او مکانها فی یده، فیقول لصاحبه: ابیعک

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۲

و ان یکون ممن هو جائز التصرف

سکنای و تکون فی یدک کما هی فی یدی؟ قال علیه السلام: نعم، یبیعها علی هذا «۱».

شرائط المتعاقدین

[الموضع] الثانی: ما یعتبر فی المتعاقدین

اشارة

، قال: و ان یکون ممن هو جائز التصرف، و اعتبار ذلک متفق علیه، فیشترط فیهما: البلوغ، و العقل، و الاختیار، و عدم الحجر لفلس او سفه او رقیة.

اما الاول فیشهد له ما دل علی عدم نفوذ تصرفات الصبی المعاملیة، من قوله تعالی وَ ابْتَلُوا الْیَتامیٰ حَتّیٰ إِذا بَلَغُوا النِّکاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ «۲».

و حدیث رفع القلم الذی رواه فی محکی الخصال عن ابن الظبیان عن أمیر المؤمنین علیه السلام فی سقوط الرجم عن الصبی: اما علمت ان القلم یرفع عن ثلاثة: عن الصبی حتی یحتلم، و عن المجنون حتی یفیق، الحدیث «۳».

و رواه ابو البختری عن الامام الصادق علیه السلام عن ابیه عن علی علیه السلام: انه کان یقول فی المجنون و الصبی رفع عنهما القلم «۴».

و فی موثق عمار عنه علیه السلام فی حدیث: فان احتلم قبل ذلک فقد وجب

---

(۱) الوسائل- باب ۱- من ابواب عقد البیع حدیث ۵.

(۲) النساء آیة ۶.

(۳) الوسائل- باب ۴- من ابواب مقدمة العبادات حدیث ۱۱.

(۴) الوسائل- باب ٣۶- من ابواب القصاص فی النفس حدیث ٢.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٢٣

[...]

علیه الصلاة و جری علیه القلم «١».

و النصوص الدالة بالمفهوم و المنطوق علی عدم جواز امر الصبی فی البیع و الشراء «٢»، و قد اشبعنا الکلام فی کتاب البیع فی ذلک، و بیّنا دلالتها علی عدم نفوذ معاملات الصبی مستقلا، و لا تدل علی انه لا یکون لکلامه حکم اصلا- علی ما ادعاه الشیخ فی المبسوط علی ما حکی فی مسألة الاقرار، قال: ان مقتضی رفع القلم ان لا یکون لکلامه حکم، انتهی- و لا علی ان قصده کلا قصد، و لذلک بنینا علی صحة معاملة الصبی باذن الولی، اذا کان بحیث یستند الی الولی لا مثل الوکیل المفوض، فراجع ما حققناه. نعم، ما ذکر من ان قصده کلا قصد یتمّ فی الصبی غیر الممیز، و لذلک لا تصح معاملاته حتی بهذا النحو المشار الیه.

و أما الثانی و هو العقل، فیشهد له ما دل علی رفع القلم عنه، منه ما تقدم، و منه النبوی الذی رواه الوصی (ع) فی حدیث رواه العامة و الخاصة علی ما افاده المفید: رفع القلم عن المجنون حتی یفیق «٣». هذا مع القصد و الا فالأمر اوضح.

و أما الثالث و هو الاختیار، فان ارید به القصد فاعتباره من القضایا التی قیاساتها معها، و ان ارید به طیب النفس و الرضا فیشهد لاعتباره ما دل علی رفع ما استکره علیه «۴» بناء علی ما تقدم فی کتاب البیع من شموله لجمیع الآثار و الاحکام التکلیفیة و الوضعیة.

و لکن المشهور بین الاصحاب صحة اجارة المکره علیها اذا تعقبها الرضا

---

(١) الوسائل- باب ۴- من ابواب مقدمة العبادات حدیث ١٢.

(٢) الوسائل- باب ١۴- من ابواب عقد البیع و شروطه و باب ٢ من ابواب کتاب الحجر.

(٣) الوسائل- باب ٨- من ابواب مقدمات الحدود حدیث ٢.

(۴) الوسائل باب ۵۶ من ابواب جهاد النفس و باب ١٢- و ١۶- من ابواب کتاب الایمان.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٢۴

[...]

و اجازها بعد، و یمکن ان یذکر للصحة فی مقابل ما قیل- من ان حدیث الرفع یدل علی رفع ما استکره علیه تکلیفیاً کان ام وضعیا، فاثبات التأثیر للعقد الصادر عن اکراه، و لو کان علی سبیل جزء العلة کما یقول القائل بصحة عقد المکره اذا تعقبه الرضا، خلاف مقتضی الحدیث- وجهان:

الاول: ان أثر العقد هو الملکیة المستمرة من حین العقد، و اذا کان حدیث الرفع مختصا بما فی رفعه منّة، یرتفع مقدار من الملکیة الذی یکون ثبوته منافیا للامتنان، و هی الملکیة قبل الرضا. و اما الملکیة بعده التی هی اثر العقد، مع قطع النظر عن حدیث الرفع، فحیث انه لا امتنان فی رفعها فهی لا ترتفع بالحدیث. بالجملة الحدیث انما یرفع مقداراً من الملکیة التی هی باجمعها اثر العقد و یکون فی رفعه منّة، و اما المقدار الذی لا منّة فی رفعه و هی الملکیة بعد الرضا فلا یکون مرفوعا بالحدیث.

الثانی: ان الآثار انما تترتب علی المنشآت لا ـ الإنشاءات، و هی امور باقیة اعتبارا فلها حدوث و بقاء، و من الواضح ان المرفوع هو المکره علیه بهذا العنوان کما هو الشأن فی جمیع العناوین المأخوذة فی الموضوعات، فما دام یکون الاکراه باقیا لا یترتب علیه الاثر، و اذا تبدل الی الرضا فهو یکون مؤثراً بقاء. و نظیر ذلک ما لو اکره الجنب علی الجلوس فی المسجد، فانه ما دام بقاء الاکراه تکون

الحرمة مرتفعة، فاذا ارتفع الاکراه یحرم الجلوس بقاء.
فتحصل ان الاظهر ما هو المشهور من صحة عقد المکره اذا تعقبه الرضا. نعم، الاحوط عدم الاکتفاء به، بل تجدید العقد بعد الرضا.
و أما لو کان العقد مع الاضطرار، کما اذا طلب منه ظالم مالا فاضطر الی اجارة دار سکناه لذلک، فالظاهر صحته کما فی البیع المضطر الیه. و الوجه فیه عموم الادلة او اطلاقها. و حدیث الرفع لوروده مورد الامتنان، لا یرفع اثر العقد المضطر الیه.
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۵
[...]

حکم اجارة المحجور

و أما الرابع و هو عدم الحجر، فیعتبر فی الاجارة علی المنفعة مطلقا، و فی الاجارة علی عمل الحر یفصل بین المفلس و السفیه.
توضیح ذلک: انه لا إشکال فی عدم صحة اجارة المفلس بعد الحجر علیه داره او عقاره، لتعلق حق الغرماء بهما المانع عن ذلک. و لا مانع من صحة اجارة نفسه لعمل او خدمة، لان منافعه لیست موضوعة لحق الغرماء، و لیست تصرفاً فی ماله کی یعمّها ما دل علی المنع.
و أما السفیه، فعدم جواز تصرفه فی ماله بالتصرف المعاملی لا کلام فیه بینهم، انما الکلام فی انه هل یصح اجارة نفسه للاکتساب؟ و فیه وجهان، و قد ذکر فی منشأ الوجهین: انها تصرف مالی، فیشملها معقد الاجماع علی عدم نفوذ تصرفه المالی، و تقتضیه العلة المستفادة من النصوص، و هی الاحتفاظ بمصلحة الیتیم من حیث المال. و انها لیست تصرفا فی ماله الموجود بل هی تحصیل للمال، و لا تعد منافعه من امواله، فلا یشملها دلیل المنع.
و فیه: ان کان مدرک عدم الجواز ما اشیر الیه، فیرد علیه ان الاجماع لیس تعبدیا، و العلة لیست منصوصة.
و لکن یمکن ان یستدل لعدم الجواز بالنصوص «۱» الدالة منطوقا او مفهوما علی عدم جواز امر السفیه، فان اطلاقها یقتضی المنع حتی

(۱) الوسائل باب ۱ و ۲ من احکام الحجر- و باب ۱۴ من ابواب عقد البیع و شروطه و باب ۴۴ و ۴۶ من ابواب الوصایا.
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۶
و العلم بالاجرة کیلا- او وزنا و یکفی فیهما و فی غیرهما المشاهدة، و ان تکون المنفعة معلومة بالزمان او العمل، و مملوکة او فی حکمها،

من اجارة نفسه.
و قد قال صاحب الجواهر فی کتاب الحجر: و الظاهر دخول تزویجها نفسها فی التصرفات المالیة من جهة مقابلة البضع بالمال، و وافق فی ذلک غیره من الفقهاء کالمحقق الثانی.
و فیه: ان البضع لا یکون فی النکاح مقابلا للمال.
فالاولی ان یستدل لفساد النکاح بالنصوص الخاصة، کموثق موسی بن بکر عن ابی جعفر علیه السلام: اذا کانت المرأة مالکة امرها تبیع و تشتری و تعتق و تشهد و تعطی من مالها ما شاءت، فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغیر اذن ولیها، و ان لم تکن کذلک فلا یجوز تزویجها الامر بامر ولیّها «۱».

و صحيح الفضلاء عنه عليه السلام: المرأة التى ملكت نفسها غير السفيهة و لا المولّى عليها تزويجها بغير ولى جائز «۲».

شروط العوضين

[الموضع] الثالث: فى شروط العوضين

اشارة

، و قد ذكر المصنف اربعة منها، و بضميمة ما تقدم تصير ستة، قال: و العلم بالاجرة كيلا او وزنا، و يكفى فيهما و فى غيرهما المشاهدة، و ان تكون المنفعة معلومة بالزمان او العمل و ان تكون مملوكة او فى حكمها،

---

(۱) الوسائل- باب ۹- من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد حديث ۶.

(۲) الوسائل- باب ۳- من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد حديث ۱.

و ضبط المدة بما لا يزيد و ينقص

و ضبط المدة بما لا يزيد و ينقص).

و تفصيل القول فى المقام ان الفقهاء ذكروا فى شرائط العوضين امورا، و قالوا- او قال بعضهم- انها تعتبر فى العوضين:

الاول: المعلومية

، و هى فى كل شىء بحسبه، بحيث لا يكون هناك غرر، فلو آجره دارا او حمارا من غير مشاهدة و لا وصف رافع للجهالة بطل، و كذا لو جعل العوض شيئاً مجهولا.

و الشاهد لاعتبار العلم بالعين المستأجرة و الاجرة النبوى الذى رواه جماعة: نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عن الغرر «۱». و اورد عليه بايرادين:

احدهما: ضعف السند.

الثانى: ان الغرر بمعنى الخدعة، و حيث انها محرمة فالنهى عنه محمول على الحرمة النفسية دون الارشاد الى الفساد، و حيث انه قد ثبت فى محله عدم دلالة النهى على فساد المعاملة، فهذا لا يدل على الفساد.

و لكن يدفع الاول ان ضعفه منجبر بعمل الاصحاب، كما صرح به فى الجواهر.

و يدفع الثانى انه فى اللغة و ان ذكر للغرر معان: الخدعة، و الغفلة، و الخطر، الا ان الظاهر ان ما هو بالمعنى الاول هو: غر يغر- بالضم- و يكون متعديا، و ما هو بالمعنى الثانى هو: غر يغر- بالكسر- و يكون لازما، و اما الغرر الذى هو جامد و غير مشتق فهو بمعنى الخطر، كما صرح به فى الاساس و المصباح و المغرب و الجمل و المجمع و القاموس. فالمراد ان النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم نهى عن المعاملة الموجبة للخطر،

---

(۱) التذکرة ج ۱ ص ۴۶۶ مسألة بیع الطیر فی الهواء- و نحوه عن الشهید و سبقهما الشیخ فی الخلاف.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۸

]...[

و حیث ان النهی فی بـاب المعاملات ظاهر فی الارشاد الی الفساد، فیـدل النبوی علی الفساد مع الجهل بالعین المسـتأجرة او الاجرة. و یشهد له فی الثانی خاصة:

ما رواه المصنف ره عن النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: من استأجر أجیراً فلیعلمه اجره «۱».

و خبر ابی الربیع الشامی عن الامام الصادق علیه السـلام عن أرض یرید رجل ان یتقبلها، فای وجوه القبالة احلّ، قال علیه السلام یتقبّل الارض من اربابها بشیء معلوم الی سنین مسماة، فیعمر و یؤدی الخراج «۲».

و غایـة مـا یسـتفاد من النصوص انمـا هو اعتبـار العلم و مانعیـة الجهـل، و اما اعتبار الکیل فی المکیل و الوزن فی الموزون و العـد فی المعدود علی ما ذکره الاصـحاب فلا یسـتفاد منها، و الاصل عدمه، فتکفی المشاهدة کما فی المتن. و عن الشـیخ و السید و المحقق و غیرهم من الاساطین الاعتبار. و عن جماعة التردد فی المسألة.

و استدل للاولین بان الجهالة مانعة عن صحة الاجارة نصا و اجماعا، و ارتفاعها فی المکیل و الموزون بالمشاهدة غیر معلوم، فان مرتبة منها و ان کانت مرتفعة بها، الا انها بتمام مراتبها لا ترتفع بها و لا أقل من الشک، فالمرجع اصالة الفساد.

و فیه: ان المقیـد لاطلاـق الادلـة عنوانـان: الخطر، و الجهـل، فـاذا سـلم اجمـال العنوانین فلاـ بـد من الاقتصار فی التقییـد علی المتیقن، فالمرجع عند الشک اطلاقات ادلة الاجارة و عموماتها.

---

(۱) التذکرة ج ۲ ص ۲۹۱- المستدرک باب ۳- من ابواب کتاب الاجارة حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۱۸ من ابواب کتاب المزارعة و المساقاة حدیث ۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۹

]...[

یعتبر فی الاجارة القدرة علی التسلیم

الثانی: ان یکون العوضان مقدوری التسلیم

، فلا تصح اجارة ما لا یقدر المؤجر علی تسلیمه، بلا خلاف فیه فی الجملة، و عن غیر واحد دعوی الاجماع علیه. و مدرک اعتبار هذا القید امور:

۱- ان بذل المال بازاء ما لا یمکن تسلمه سفهی، فلا تشمله ادلة نفوذ المعاملات، فانها مسوقة لبیان انفاذ المعاملات العقلائیة.

و فیه: اولا: ان بذل المال القلیل بازاء مال کثیر یرجی حصوله لیس سفهیاً، بل ربما یعدّ عدم البذل سفهیاً.

و ثانیا: ان ادلـة نفوذ المعاملات تـدل علی نفوذ کل معاملـة، و الـدلیل انما دل علی عـدم نفوذ معاملـة السـفیه «۱» و لم یرد دلیـل علی بطلان المعاملة السفهائیة.

۲- ان لازم العقد لزوم التسلیم المشروط بالقدرة، فمع عدم القدرة لا لزوم للتسلیم، فیلزم عدم تأثیر العقد، و إلّا لزم انفکاک اللازم عن

الملزوم.

و فیه: انه ان ارید بذلک ان لزوم التسلیم من مقتضیات الملک فهو مسلم، لانه یجب ردّ المال الی صاحبه، الا ان هذا اللازم لیس لازما لا ینفک بل هو فرع التمکن منه، و مع عدم التمکن یکون ملکاً له لا یجب تسلیمه، لعدم القدرة.

و ان ارید به انه من مقتضیات اطلاق العقد نفسه، فیرد علیه ان العقد عبارهٔ عن تملیک المنفعهٔ مثلا، لا هو مع اعتبار امر آخر او تکلیف آخر.

و ان ارید ان الملکیهٔ تکون مقیدهٔ بما یتمکن من تسلیمه، فیرد علیه ان التعلیق

---

(۱) النساء آیهٔ ۶ الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب الحجر.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۰

]...[

فی العقد موجب للبطلان.

و ان ارید ان لزوم التسلیم من احکام العقد، من جهة ان التسلیم مصداق للوفاء بالعقد الذی وجوبه من احکام العقد، فیرد علیه اولا: ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۱» علی ما حققناه فی محله یکون ارشاداً الی لزوم العقد، و علی فرض کونه تکلیفیا یکون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه، فعلی کل تقدیر لا ربط له بالتسلیم.

و ثانیا: ان التکلیف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحیح، فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرهٔ لا یکشف عن عدم الصحهٔ.

۳- ان بناء المتعاقدین کلیهٔ علی تسلیم العوض و المعوض، فهو من الشروط المبنی علیها العقد، و یکون بحکم ذکره فی ضمن العقد.

و فیه: اولا: ان لازم ذلک ثبوت الخیار لا عدم صحهٔ العقد، کما هو الشأن فی جمیع موارد تخلّف الشرط.

و ثانیاً: ان هذا لا یجری مع علمهما بعدم القدرهٔ.

۴- ان الغرض من المعاملهٔ هو الانتفاع بالعوض، و مع عدم القدرهٔ علی التسلیم لا یمکن تحقق هذا الغرض.

و فیه: اولا: ان تخلّف الاغراض و الدواعی لا یوجب فساد المعاملهٔ.

و ثانیا: ان الغرض من المعاملهٔ لیس هو الانتفاع المطلق، بل الانتفاع علی فرض التسلیم.

و ثالثا: نمنع توقّف مطلق الانتفاعات حتی التصرفات الاعتباریهٔ علی التسلیم، مثلا- یمکن ان یستأجر أرضا هی فی ید غیر مالکها و آجرها ذلک الغیر

---

(۱) المائدهٔ آیهٔ ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۱

]...[

باشخاص لان یباح لهم التصرف فیها.

۵- ان ما لا یقدر علی تسلیمه لا یکون مالا عرفا، فلا یصح جعله احد العوضین.

و فیه: ان المال انما هو من العناوین المنطبقهٔ علی الاشیاء بانفسها مع قطع النظر عن الاشخاص، و هو ینتزع من کون ذلک الشیء موضوعاً لغرض موجب لحدوث رغبهٔ الناس فیه و هی صفهٔ للشیء و ان لم یکن هناک مالک، مع انه لو سلم ذلک فانما هو فیما لا

یحتمل التمکن من التسلیم کما لا یخفی.

۶- ان المعاملة علی ما لا یقدر علی تسلیمه اکل للمال بالباطل.

و فیه: ان المراد بالاکل بالباطل المنهی عنه، بقرینة المقابلة بالتجارة عن تراض، التملک بالاسباب الباطلة- کالقمار و نحوه- و الا فغایة ما هناک کون اعطاء المال مجانیا و بلا عوض، و لیس هذا من قبیل اکل المال بالباطل.

۷- النبوی: نهی النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم عن الغرر «۱».

و اورد علیه: تارة بانه مع معلومیة العوضین ذاتا و وصفا، عدم القدرة علی التسلیم لا یوجب صدق کون المعاملة غرریة، بل الغرر انما یکون من جهة الآثار و الامور الخارجیة.

اخری بانه مع تعذّر التسلیم، له خیار التعذر، فله ان یفسخ و یسترجع العوض فلا غرر.

و ثالثة بانه لو اشترط الخیار برد العوض، مع عدم وصول المعوض الیه، لا یکون هناک غرر.

(۱) التذکرة ج ۱ ص ۴۶۶ و رواه الشهید- و سبقهما الشیخ فی الخلاف.

[...]

و رابعة بانه مع امتناع تسلیم العین المستأجرة للمستأجر، للمستاجر الامتناع من تسلیم الاجرة فلا غرر.

و فی الجمیع نظر. اما الاول فلان الملکیة المجردة لا یترتب علیها شیء، فتملیک شیء لا یقدر علی تسلیمه یکون خطریا. و ما ابعد ما بین هذه الدعوی، و بین ما افاده الشهید ره من تفسیر الغرر بالجهل بالحصول، و ان کان هو ایضا اشتباها، لعدم اختصاص الغرر بذلک.

و أما الثانی فلان الخیار انما یکون فی العقد الصحیح، فلا یمکن تصحیح العقد به.

و أما الثالث فلان نفوذ الشرط مشروط بکونه فی ضمن العقد الصحیح، فکیف یعقل تصحیح العقد به.

و أما الرابع فلان الامتناع من تسلیم الاجرة، بعد فرض کونها ملکا للمستأجر، لا یوجب تدارک ما ذهب من ملکه.

فالمتحصل ان الحق دلالة النبوی علی فساد الاجارة مع عدم القدرة علی التسلیم، لکنه مختص بصورة عدم احراز الامتناع، لان الخطر انما یطلق فیما اذا احتمل الحصول و لو ضعیفا، و لکن اذا ثبت الفساد مع الاحتمال ثبت فی صورة القطع و الاحراز بالاولویة القطعیة.

و لا یخفی ان الاحتیاج الی اقامة الدلیل علی اعتبار القدرة علی التسلیم، انما هو فی المنافع حیث ان لوجودها مقاما آخر، و اما فی الاعمال التی یکون وجودها و تسلیمها واحدا، فلا یحتاج الی اقامة الدلیل، اذ ما لا یقدر علی تسلیمه یمتنع وجوده، و ما امتنع وجوده لا یقبل الملکیة.

و قد رتب علی ذلک فی العروة عدم جواز اجارة العبد الآبق، و هذا متین.

[...]

و استشکل فی کفایة ضم الضمیمة هنا کما فی البیع، و قد اختلفت کلمات القوم فی المقام.

فعن جماعة عدم الکفایة، و هو ظاهر الجواهر فی کتاب الاجارة.

و عن جماعة الاکتفاء به، منهم السید فی الانتصار، و الشهید، و المحقق الاردبیلی، و صرح به صاحب الجواهر فی کتاب البیع.

و تردد فيه جماعة، منهم المحقق فى الشرائع، و المصنف ره فى جملة من كتبه.

و قد استدل للاول بوجهين:

احدهما: ما عن الانتصار، و هو خروج المعاملة بالضميمة عن كونها غررية. و فيه: ان كون بعض ما وقع عليه المعاملة معلوما ذاتا و وصفا و حصولا، لا يوجب كون المجموع غير غررى.

الثانى: اولوية الاجارة من البيع، لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله البيع.

و فيه: ان المناط غير معلوم حتى يدعى الاولوية، بل بما ان فى بيع العبد يمكن الانتفاع به و لو آبقاً بالعتق و لا_ يمكن ذلك فى الاجارة، فلا اولوية قطعاً.

فالاظهر عدم الكفاية، و قد خرجنا بذلك عما عليه بنائنا من عدم البحث فى احكام العبيد و الاماء.

يعتبر أن يكون العوضان مملوكين

الثالث: ان يكونا مملوكين

، فلا تصح اجارة مال الغير، و لا الإجارة بمال الغير، الا مع الاجازة من المالك. و الكلام يقع فى مقامين:

الاول: فى اعتبار مملوكية العوضين.

الثانى: فى اجارة مال الغير، و الاجارة بمال الغير، و اجارة المباحات الاصلية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۹، ص: ۳۴

]...[

اما المقام الاول، ففى الجواهر نفى الخلاف فى اعتبار مملوكية المنفعة بل جعله من الواضحات، و قد استدل لاعتبارها بوجوه:

الاول: الاجماع. و فيه: انه لو ثبت لم يثبت كونه تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم.

الثانى: ان بذل المال بازاء ما لا يكون مملوكا سفه، و اكل للمال بالباطل.

و فيه: انه لو فرضنا تسلّطه على التصرف فيه، مع عدم كونه مملوكاً له كالكلى فى الذمة و عمل الحر بالاضافة الى نفسه، لا تكون المعاملة سفهية، و لا أكلًا للمال بالباطل.

الثالث: ما افاده صاحب الجواهر ره، و هو عدم تحقق المعاوضة فى غير المملوكة. و فيه: ان المراد بكون الاجارة معاوضة كون كل من العوضين بازاء الآخر، لا كون كل منهما مملوكا قبلا، لما عرفت من صحة ايجار الحر نفسه، و الاجارة بالكلى فى الذمة، مع انه يصح اجارة الموقوفات على المصالح العامة و منافعها ليست ملكا لأحد. فالاظهر عدم اعتبارها.

و أما المقام الثانى، فيدل على عدم صحة اجارة مال الغير و الاجارة بمال الغير و اجارة المباحات الاصلية، عدم تسلط المؤجر و المستأجر على التمليك فى هذه الموارد، و عدم سلطانهما على العين المستأجرة و الاجارة، و عدم كونهما مالكين لامرهما. اما فى الاولين فواضح، اما فى الاخير فلان المباحات الاصلية متساوية النسبة الى المؤجر و المستأجر، و ليست هى كالكلى و عمل الحر ليتعهد بها فى ذمته، و لا كالعين الشخصية المضافة اليه باضافة الملكية ليكون له السلطنة عليها. فعدم جواز الاجارة فى هذه الموارد، انما هو لاجل عدم تسلطه على المنفعة او الاجرة، و عدم كونه مالكا لامرها لا لعدم الملكية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۹، ص: ۳۵

]...[

[الرابع] اعتبار بقاء العين باستيفاء المنفعة

الرابع من الشروط ما ذكره سيد العروة، قال: الرابع: ان تكون العين المستأجرة مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها، فلا تصح اجارة الخبز للاكل، و لا الحطب للاشعال، و هكذا. و لم يتعرض الفقهاء و لا النصوص لهذا الشرط، و لعل السر فيه- مع انه لا كلام عندهم فى بطلان الاجارة المفروضة- ان ذلك من مقومات الاجارة، فانها كما عرفت تمليك للمنفعة، و المنفعة عبارة عن الحيثية و الشأن للعين تستوفى منها تدريجا، و لا يكون للخبز هذا الشأن و الحيثية، فان أكله اتلافه لا استيفاء شأن من شئونه.

اعتبار اباحة المنفعة

الخامس: ان تكون المنفعة مباحة

، فلا تصح اجارة المساكن لاحراز المحرمات، او الدكاكين لبيعها، او الدواب لحملها، او الجارية للغناء، او العبد لكتابة الكفر، و نحو تلكم. و تحرم الاجرة عليها كما هو المشهور. و فى الشرائع: و ربما قيل بالتحريم و انعقاد الاجارة، لامكان الانتفاع فى غير المحرم.

و قد استدل للفساد بوجوه:

الاول: الاجماع، و هو كما ترى.

الثانى: النبوى المشهور: ان اللّه اذا حرّم شيئا حرّم ثمنه «۱».

(۱) اورده العامة و الخاصة فى كتبهم الاستدلالية- راجع مسند احمد ص ۳۲۲- و البحار ج ۲۳ ص ۱۷- و الخلاف ج ۱ ص ۲۲۵- و الغنية و غيرها.

[...]

و فيه: ان هذا النبوى لا أصل له فى اصول العامة و الخاصة، فان الموجود فى كتب العامة هكذا: ان اللّه اذا حرم على قوم أكل شىء حرم عليهم ثمنه «۱» فهو لم يثبت كونه رواية، و ما فى اصول العامة لضعف سنده و عدم انجباره بشىء لا يعتمد عليه. مع ان عمومه على هذا لم يعمل به احد، اذ كثير من الامور التى يحرم أكلها يجوز بيعها، بل الظاهر ان النبوى لو كان بذلك النحو لما كان يعتمد عليه، لان الشهرة الفتوائية و ان كانت على وفقه، الا ان الظاهر و لا أقل من المحتمل استناد القوم فى فتياهم تلك الى الوجوه الأخر، اعتبار المالية فى العوضين المتوقفة على كون المنفعة محللة و غير ذلك، و انما يذكرون النبوى تأييدا.

الثالث: خبر جابر- او حسن صابر- عن مولانا الصادق عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال عليه السلام: حرام اجره «۲».

و فيه: اولا: انه لو كان الخبر لجابر فهو ضعيف السند.

و ثانيا: ان ظاهره فساد الاجارة مع اتفاق وقوع بيع الخمر فيه بلا شرط و الزام، و حيث انه معارض مع النصوص المستفيضة الأخر، لم يفت به احد، فلا بد من طرحه لا حمله على ارادة معنى آخر. ثمّ انه على فرض التنزل و تعيّن حمله على معنى آخر، لا يبعد دعوى

اظهریـة ارادة الفساد فی صورة العلم بوقوع بیع الخمر فیه، و فی تلک الصورة ایضاً وردت نصوص تدل علی صـحة المعاملة «۳» و هی تکون معمولا بها.

الرابع: ان الاجارة فی الفرض اعانة علی الاثم المحرمة کتابا و سنة و اجماعا.

---

(۱) مسند احمد ج ۱- ص ۲۴۷.

(۲) الوسائل- باب ۳۹- من ابواب ما یکتسب به حدیث ۱.

(۳) الوسائل باب ۵۹- من ابواب ما یکتسب به.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۷

[...]

و فیه- مضافا الی ما ذکرناه فی محله من عـدم حرمتها-: ان المعاملـة لیست اعانة علیه، بل الاقباض و التسـلیط الخارجی اعانة علیه، مع ان حرمة المعاملة لا تدل علی الفساد، کما حققناه فی الاصول و فی اول الجزء الرابع عشر من هذا الشرح.

الخامس: ان ادلة النهی عن المنکر تدل علی حرمتها، اذ لو وجب النهی للرفع، فالنهی عن المنکر لدفعه أولی بالوجوب.

و فیه: اولا: ان الحرمة لا تلازم الفساد.

و ثانیا: ان الدفع لیس بواجب، کما حققناه فی الجزء الرابع عشر من هذا الشرح.

و ثالثا: ان وجوب الدفع لا یلازم حرمة الاقباض و التسلیط.

و رابعا: انه لو حرم شیء فهو التسلیط لا المعاملة.

السادس: ان فعل المباح للتوصل به الی الحرام حرام، فالاجارة لان ینتفع بالعین بما یکون حراما حرام.

فیه: اولا: الحرمة اعمّ من الفساد.

و ثانیا: ان مقدمة الحرام لا تکون محرمة الا ما لا ینفک الحرام عنه.

السـابع: مـا فی خبر تحف العقول: کـل أمر نهی عنه من جهـة من الجهـات، فمحرم علی الانسان اجارة نفسه فیه «۱» و هـو و ان اختص بالعمل المحرم، الا انه یثبت فی المنفعة المحرمة بعدم الفصل.

و فیه: انه ضعیف السند للارسال، و لم یثبت استناد الاصحاب الیه.

الثامن: یعتبر سلطنة من یعامل علی شیء علیه، و لا سلطنة علی التصرف

---

(۱) الوسائل- باب ۱- من ابواب احکام الاجارة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۸

[...]

شرعا مع تحریمه شرعا، فالحرمة توجب سلب القدرة و السلطنة علی التصرف.

و فیه: ان السلطنة الوضعیة تعتبر فی نفوذ المعاملة، و السلطنة التکلیفیة لا دلیل علی اعتبارها، و الحرمة توجب سلب الثانیة دون الاولی.

التاسع: انه قد مر اعتبار القدرة علی التسلیم فی صحة المعاملة، و مع الحرمة لا قدرة علیه، لان الممنوع شرعا کالممتنع عقلا.

و فیه: ان مـدرک اعتبارها قد عرفت انه لزوم الغرر مع عدمها، و من الواضح ان هذا یختص بالقدرة العقلیة، اذ مع عدم القدرة شـرعا و

القدرة خارجا لا یصدق الغرر من حیث حصول مورد الاجارة.

العاشر: ان المنفعة المحرمة و العمل المحرم غیر مملوکین، فلا ملک حتی یملک بالاجارة و فیه- مضافاً الی ما تقدم من عدم اعتبار الملک فی الاجارة، بل لا ملک فی العمل مطلقا-: ان الحرمة لا توجب سلب الملکیة الاعتباریة.

فالصحیح ان یستدل لاعتبار تلک بان المنفعة المحرمة و العمل المحرم لا مالیة لهما شرعا، اذ الشارع المقدس بالنهی عنهما اسقط مالیتهما، فلا یقبلان لوقوع المعاوضة علیهما.

و ما افاده المحقق الاصفهانی ره بان منفعة الدار مثلا هی الحیثیة القائمة بالدار و هی کونها مسکناً دون السکنی الذی هو من اعراض الساکن، و ما هو قابل للتحریم هی الجهة الثانیة، و ما هو مورد المعاوضة هی الجهة الاولی،.

یرد علیه: ان مالیة الحیثیة الاولی انما تکون بلحاظ الجهة الثانیة کما هو واضح، فالتحریم یوجب سلب مالیته ایضاً.

کما ان ما افاده قده بان الحرمة فی فرض کون المنفعة او العمل مالًا عند العقلاء، منع عن ایجاد المال لا انها اسقاط للمالیة،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۹

[...]

غیر صحیح، فان اعتبار المالیة انما یکون بلحاظ الآثار الراجع نفعها الی الشخص، فاذا فرضنا حرمتها و مبغوضیتها و کونها مفسدة و مضرة لا أثر کذلک کی تعتبر المالیة.

فان قلت: ان حسن ابی اذینة: کتبت الی ابی عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یؤاجر سفینته او دابته ممن یحمل فیها او علیها الخمر و الخنزیر، قال علیه السلام: لا بأس «۱» یدل علی الجواز.

قلت: انه یدل علی جواز الاجارة ممن یفعل ذلک، لا الإجارة لخصوص هذه المنفعة التی هی مورد البحث، مع انه لا دلیل علی حرمة الحمل.

[السادس] یعتبر امکان استیفاء المنفعة

السادس: ان تکون العین مما یمکن استیفاء المنفعة المقصودة منه، فلا تصح اجارة الارض للزراعة اذا لم یمکن ایصال الماء الیها، مع عدم امکان الزراعة بماء السماء او عدم کفایته.

و قد استدل المحقق الاصفهانی ره لاعتبار ذلک بان استیفاء المنفعة تابع لامکانه، و حیث لا تصلح الارض للزراعة فعلا فهی غیر واجدة لهذه المنفعة، و ما لا منفعة له لا تعقل فی حقه حقیقة الاجارة.

و فیه: ان المنفعة عبارة عن الحیثیة القائمة بالعین، و هی موجودة بوجود العین علی حدّ وجود المقبول بوجود القابل، و هذه الجهة لا تنعدم بواسطة عدم امکان ایصال

(۱) الوسائل باب ۳۹ من ابواب ما یکتسب به حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۰

[...]

الماء، الذی هو شرط استیفاء المنفعة لا شرط وجودها و تحققها. فالاولی الاستدلال لاعتباره بانه مع عدم امکان استیفاء المنفعة لا تعدّ

مالًا عرفا، فلا تصح المعاوضة علیه.

[السابع] یعتبر تمکن المستأجر من الانتفاع بالعین

السابع: ان یتمکن المستأجر من الانتفاع بالعین المستأجرة، فلا تصح اجارة الحائض الکنس المسجد مثلا، کذا فی العروة.

یقع الکلام فی موردین:

الاول: فی الکبری الکلیة.

الثانی: فی المثال.

اما المورد الاول، فان کان عدم امکان الانتفاع لا لقصور فی العین و لا لمنع شرعی، بل لمانع یمنعه عن ذلک أو قصور فی المستأجر، لا إشکال فی صحة الاجارة اذا کان المنع شخصیا، لعموم ادلتها بعد عدم وجود ما یصلح مانعا عن الصحة، اذ الانتفاع الخارجی من الدواعی و الاغراض التی لا یضر تخلفها. و ان کان لمنع شرعی بطلت الاجارة، لما مر من اعتبار اباحة المنفعة. و ان کان لقصور فی العین بطلت ایضاً، من جهة عدم وجود المنفعة فی الحقیقة کما لا یخفی.

و أما المورد الثانی، فقد استدل لبطلان الاجارة فیه بوجوه:

الاول: ما فی حاشیة المحقق النائینی ره، و هو انه یشترط اباحة المنفعة و مملوکیتها، و المنفعة المفروضة محرمة فلا تصح اجارتها. و وافقه المحقق الاصفهانی ره.

و فیه: ان المنفعة لا تکون محرمة، بل هی تتوقف علی فعل محرم، و هو اللبث فی المسجد فان هذا محرم علی الحائض، و اما الکنس بما هو فلا یکون محرما.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۱

[...]

الثانی: ان النهی عن الدخول و اللبث الذین هما مقدمة للکنس، یکون معجزاً شرعیا عن فعل المستأجر علیه، و قد تقدم اعتبار القدرة علیه فی صحة الاجارة.

و فیه: ما تقدم من ان مدرک اعتبار القدرة علی التسلیم هو لزوم الغرر و الخطر مع عدمها غیر اللازمین فی المقام.

الثالث: ان الاجارة فی المثال ترغیب الی فعل المنکر، و هو حرام.

و فیه: اولًا: ان الترغیب الی فعل المنکر لم یدل دلیل علی حرمته.

و ثانیا: ان حرمة المعاملة اعم من فسادها.

[فروع]

اعتبار تعیین العین المستأجرة

و تمام الکلام فی هذا المقام بالبحث فی فروع:

الاول: لا بدّ من تعیین العین المستأجرة، بلا خلاف فیه، فی الجملة، فلو آجر احد العبدین او احدی هاتین الدارین لم یصح کما هو المشهور. و تنقیح القول فی ذلک: ان اجارة احد الشیئین تتصور علی وجوه:

الاول: ان یکون ذلک علی وجه الترديد.

الثانی: ان یکون علی وجه الکلی فی المعین.

الثالث: ان یکون ذلک معینا فی نفسه، مردّدا عندهما او عند احدهما.

امـا الوجه الاول، ففساد الاجارة فیه واضـح، اذ المردّد من حیث هو مردّد لا وجود له فی الخارج، اذ کل ما فی الخارج لا محالـة یکون معینا لمساوقة الوجود للتعین، فلا یصح اجارته.

و أما الوجهان الاخیران، فان کان الشیئان مختلفین فی الصفات التی تختلف بها

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۲

[...]

الرغبات او المالیة لم تصح الاجارة للغرر، و الّا فلا وجه لبطلان الاجارة سوی الاجماع المنقول، و هو مع معلومیة مدرک المجمعین، و ذهاب جمع من الاساطین الی عدم مانعیة الجهل من حیث هو کما تقدم، لا یصلح لان یستند الیه فی المنع.

و مما ذکرناه ظهر وجه اعتبار تعیین نوع المنفعة، اذا کانت للعین منافع متعددة.

فهل تصح اجارة الشیء بجمیع منافعه مع التعدد، فیکون المستأجر مخیّرا بینها، ام لا؟ وجهان: و قد استدل للثانی بوجهین:

الاول: ان مجموع المنافع مع عدم تعدادها او معهودیتها بینهما بحیث یکون بمنزلة التفصیل، غرر و جهالة واضحة منهیة عنها بالاجماع.

و فیه: ان عمدة وجه هذا الایراد ان لکل شخص او عین منافع خفیة یتعذر او یتعسر استقصائها.

و لکن یمکن دفعه بانه اذا ذکر المنافع الظاهرة للشیء، او کانت معهودة بینهما، جاز ادخال المنافع الخفیة فی عموم لفظ الجمع تبعا، و لا یعدّ ذلک عند العرف من الغرر و الجهل المانع.

الثانی: ان المنافع المتضادة للشـیء حیث انها لیست مقدورة قدرة عرضـیة، لان اجتماع الضدین ممتنع، لا تکون مملوکة ملکیة عرضیة، اذ قـد عرفت ان من شـرائط ملکیـة المنفعـة عنـد العقلاء القـدرة علیهـا، و انه اذا لم تکن المنفعـة مقـدورة لا ـ تکون مملوکه، فالمنافع المتضادة غیر مملوکـة بالملکیة العرضـیة، بل هی مملوکة بالملکیة البدلیة کما تکون مقدورة بالقدرة البدلیة، و علیه فلا یجوز تملیکها عرضا و لا بدلًا للزوم الغرر.

و اجـاب عنه جمع منهم المحقق النـائینی ره بـان المملوک هو القـدر المشترک بین انواعهـا المتضادة و الجامع لمراتبها الطولیـة، فعقد الاجارة یتعلق بذلک القدر المشترک بما له من الشمول لمراتب الانتفاع، و یملک المستأجر ذلک و یتخیّر فی استیفاء ای

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۳

[...]

مرتبة شاء فی ضمن ای الانواع.

و فیه: ان خارجیـة الکلی انمـا تکون بخارجیـة افراده، و اذا کـانت الافراد الخارجیـة متعـدّدة لزم تعـدّد وجود الکلی، فان تعلق الاجارة بجمیع وجوداته عاد المحـذور، اذ کما ان الافراد متضادة لا تقبل الملک کـذلک الوجودات من الکلی المتحـد مع افراده. و ان تعلقت بوجود واحـد علی البـدل بنحو الترديد، بطلت، اذ المردد لا وجود له. و ان تعلقت بواحد معین، کان ذلک خلف الفرض. و ان تعلقت بالکلی فی المعین، بطلت للغرر.

و الحق فی الجواب ان یقال: ان المنفعـة هی حیثیـة الشـیء و شأنه القائم به بالقوة، و هذه الشأنیة و القابلیة لا تضاد بین انواعها و یمکن اجتمـاع الجمیع، لا ـ بمعنی انـدراج جمیع القوی تحت قوة واحـدة فـان ذلـک باطل، بل بمعنی ان تلک القوی المتعـددة موجودة علی

تعددها، فلا مانع من ملک جمیع تلک الوجودات. و علی الجملة ان کل منفعة مملوکة لانها مقدورة بنفسها، و ان لم تکن المجموع مقدورة. فالاظهر صحة اجارة العین بجمیع منافعها.

طریق معلومیة المنفعة

الثانی: معلومیة المنفعة: اما بتقدیر المدة و الزمان، کما اذا کانت المنفعة غیر العمل کسکنی الدار شهرا مثلا، او کانت هی الفعل فی بعض الموارد کالخیاطة المعلومة یوماً. و اما بتعیین المحل، کما اذا کانت هی العمل فی بعض الموارد کخیاطة ثوب معیّن. و اما ان تکون بهما. و اما ان تکون بالعدد، کما فی ضراب الفحل. و لا إشکال فی شیء من ذلک.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۴

[...]

انما الاشکال و الکلام فیما اذا قدر المدة و العمل فیما یصلح لکل منهما، مثل ان یستأجرها لخیاطة ثوب معین، و تفصیل القول فیه. ان فی المقام مسألتین:

احداهما: فیما اذا کانت المدة مأخوذة ظرفا.

ثانیتهما: فیما اذا کانت المدة ماخوذة علی نحو التطبیق.

اما الاولی، فان علم سعة المدة لا إشکال فی الصحة.

و ان علم عدم السعة، فان کان اخذ المدة من قبیل الشرط فسد الشرط لعدم القدرة، و بطلت الاجارة بناء علی ان الشرط الفاسد مفسد و الّا صحت، و به یظهر ما فی اطلاق کلمات القوم من الحکم بالبطلان فی هذا الفرض، مع ان جمعا منهم بنوا علی عدم مفسدیة الشرط الفاسد. و ان کانت مأخوذة عنوانا لموضوع الاجارة، بطلت لعدم القدرة.

و ان شک فی السعة، ففی الجواهر الحکم بالصحة، و قیل تبطل الاجارة، و تردد فیه المحقق فی الشرائع.

و استدل للبطلان بان استیفاء العمل فی المدة قد لا یتفق، فلا یکون معلوم القدرة علیه. و استدل فی الجواهر للصحة بان المسلّم خروجه من عموم الادلة معلوم العجز.

و الحق ان یقال: ان أخذ الزمان ان کان علی وجه الشرطیة، بطلان الشرط مبنی علی بطلان الشرط الغرری، ثمّ بطلان الاجارة مبنی علی القول بمفسدیة الشرط الفاسد. و ان کان مأخوذا عنوانا لموضوع الاجارة بطلت للغرر.

و أما المسألة الثانیة، فان علم سعة المدة و امکان التطبیق صحت. و دعوی فساد الشرط لکونه سفهیا، مندفعة بان محل الکلام ما لو تعلق غرض عقلائی به، مع ان الشرط السفهی لا دلیل علی بطلانه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۵

[...]

و ان علم عدم امکان التطبیق أو عدم سعة المدة، فان کان علی وجه الشرط بطل الشرط بناء علی فساد الشرط الغرری، و بطلت الاجارة بناء علی مفسدیة الشرط الفاسد. و ان کان علی وجه العنوانیة بطلت الاجارة.

و ان شک فی امکان التطبیق، فعن المبسوط و المهذب وفقه القرآن و السرائر و غیرها البطلان، و عن المحقق التردد فیه، و ذهب فی الجواهر الی الصحة، و یأتی فیه التفصیل الذی ذکرناه فی المسألة الاولی.

استئجار الدابة للحمل علیها

الثالث: اذا استأجر دابـة للحمل علیها، لا بـدّ من تعیین ما یحمل علیها بحسب الجنس و الوزن، بلا خلاف فیه فی الجملة، للغرر المنهی عنه. و اختلاف الفقهاء فی جملـة من فروع المسألـة- مثل کفایـة المشاهـدة و التخمین، و اعتبار ذکر الحرکات و السکنات للراکب، و نحو تلکم- انما یکون من جهة الخلاف فی وجود الغرر و عدمه، او فی کونه قادحا لکونه مما یتسامح فیه الناس.

و حق القول فی المقام ان یقال: ان الغرر- الذی هو بمعنی الخطر- موجب لفساد الاجارة و یجب المحافظة علیه. فان احرز ذلک، و انه من عـدم تعیین المحمول وزنا و جنسا او الحامل وصـفا یلزم الغرر، لا ینبغی التوقف فی لزوم التعیین من غیر فرق بین ان تختلف القیمة باختلاف الوزن او الجنس ام لا، لعـدم دوران الغرر مـداره بل هو یـدور مـدار اختلاف الاغراض. مثلا المحمول قد یکون حدیدا و قد یکون قطنـا، و لو کـان وزنهمـا واحـدا لا ـ بـدّ من تعیین الوصف ایضـاً، فـانه من عـدم تعیینه یلزم الغرر، لاختلاـف الاغراض باختلاف الاوصاف، فان الحدید یجتمع علی موضع من الحیوان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۶

[...]

فربما عقره.

و ان احرز عدم الغرر، لا إشکال فی الصحة.

و لو شـک فی ذلـک، فالاـظهر بحسب القواعـد البطلاـن، فان عمومات الاجارة خصـصت بالغرر، فمع الشک فیه التمسک بالعمومات تمسک بالعام فی الشبهة المصداقیة.

و لکن یمکن البناء علی الصحة فی جملة من الموارد، لوجوه:

الاول: ان البناء علی عـدم کفایـة المشاهـدة او التخمین و اعتبار الوزن حرج عظیم و عسر جسـیم، و لاجل ذلک قامت السـیرة القطیعة علی الاکتفاء باحدهما، و لذا قال فی محکی التذکرة: ان المشاهدة من اقوی طرق العلم.

الثانی: ان الاختلاف اذا کان قلیلا، و کان لا یختلف به الاغراض بحسب النوع، یمکن دعوی انصراف الغرر عنه، فیتبع فیه العمومات.

الثالث: استصحاب عدم الغرر ازلا، و هذا لا یخلو عن اشکال، و تفصیل القول فیه یحتاج الی بسط فی المقال لا یسعه المجال.

و بهـذا یظهر حکم استئجار الدابـة للرکوب، و انه لا بـدّ من مشاهـدة الراکب او وصـفه، کما لا بدّ من مشاهدة الدابة او وصـفها، حتی الذکوریة و الانوثیة ان اختلفت الاغراض بحسبها.

و لو استأجر الدابة لحرث جریب معلوم، فلا بد من مشاهدة الارض او وصفها، کما عن جماعة.

و عن التذکر اعتبار المشاهدة خاصة. و عن المسالک اعتبار الوصف خاصة.

و استدل للثانی بان اجزاء الارض مختلفة صلابة و رخاوة، و حرث الصلب صعب

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۷

[...]

مستصعب بخلاف الرخوة، و مثل هذا لا یعرف بالمشاهدة.

و استدل للثالث بان المشاهدة لا تحیط بباطن الارض، و اما الوصف فقد یکون صاحبها عارفا بما فی الباطن.

و لکن الاظهر هو الاول، لقیام السـیرة القطعیـة علی اغتفار هـذا المقدار من الجهالة الباقیة بعد المشاهدة او الوصف، اما لاجل ما تقدم، أو لانّ الاطلاع علی باطن الارض هنا کالاطلاع علی صـفات العبید و الاماء الباطنیة فی البیع، التی لا إشـکال عندهم فی اغتفار جهالتها

فیه.

و اذا استأجر دابة للسفر مسافة، لا بدّ من بیان زمان السیر من لیل او نهار، الا اذا کان هناک عادة متبعة فیستغنی بها عن التعیین، هکذا ذکره جماعة. و عن المسالک انه لو لم یمکن التعیین- کطریق الحج- یشکل الحکم حینئذ، و مقتضی القاعدة الفساد. و عن التذکرة و القواعد و جامع المقاصد عدم لزوم التعیین بل یتبع القافلة. و عن ظاهر الوسیلة و الکافی و غیرهما من القدماء عدم اعتبار تعیین الوقت.

و الحق ان یقال: انه لا تعتبر هذه المداقات فی الاجارة، فان کانت الاغراض مختلفة و الاجرة متفاوتة یعتبر التعیین دفعا للغرر، و الا فلا. و لعل نظر القدماء فی حکمهم بعدم الاعتبار الی الثانی، کما ان نظر المتأخرین الی الاول.

حکم ما لو قال: آجرتک کل شهر بدرهم

اشارة

الرابع: ما کان معلومیته بتقدیر المدة، لا بدّ من تعیینها شهرا او سنة او نحو ذلک، و لو قال: آجرتک کل شهر بدرهم، فهل تصح مطلقا کما عن الشیخ و ابن زهرة و ابن الجنید، ام تبطل کذلک کما عن جماعة، و فی الجواهر: بل لعله المشهور بین

[...]

المتأخرین، ام تصح فی شهر و تبطل فی الزیادة کما عن المقنعة و النهایة و فی الشرائع؟ وجوه و اقوال.

و عن مفتاح الکرامة ان هنا قولا رابعا اختاره الحلی، و هو الفساد مع الاطلاق، و الصحة مع تعیین الابتداء، و لکن الظاهر منه هو الحکم بالبطلان فی المقام، و الصحة فی المسألة الآتیة، و هی ما لو قال: آجرتک شهرا بدرهم، فان زدت فبحسابه.

تنقیح القول فی المقام: ان الوجوه المتصورة فی المراد من هذه العبارة متعددة:

الاول: ان یکون المراد تملیک المنفعة الابدیة، فیکون قوله: کل شهر بدرهم، میزانا للاجرة.

الثانی: ان یکون المراد تملیک المنفعة فی الشهر الاول بدرهم، و فیما زاد بحسابه.

الثالث: ان یکون المراد تملیک طبیعی المنفعة القابلة للتطبیق علی شهر او اکثر.

الرابع: ان یکون المراد تملیک المقدار الذی یختاره المستأجر خارجا.

اما الوجه الاول فهو خلاف ظاهر هذه الجملة، و علی فرض کونه مرادا منها تبطل الاجارة من جهة عدم المبرز للمدة، فان قول: کل شهر بدرهم، انما هو لبیان میزان الاجرة، فلا کاشف عن المدة التی اوجر فیها فتبطل لذلک، مع ان لازم صحة تلک انتقال منفعة الدار الأبدیة الی المستأجر بنحو لا خیار له و لا للمؤجر، و لا أظن ان یلتزم بذلک أحد فی المثال.

و أما الوجه الثانی فهو ایضاً خلاف الظاهر، فان الظاهر منها انشاء أمر واحد لا أمرین، و سیأتی الکلام فی هذا الفرع.

و أما الوجه الثالث فهو ایضاً خلاف الظاهر، فان لازمه وحدة الاجرة لکل شهر بدرهم کما هو المفروض. فالمتعین هو الوجه الرابع.

و استدل للبطلان مطلقا بوجوه:

[...]

الاول: ما فی الشرائع، و هو جهالة الاجرة.

و اورد عليه تارة بانه لا جهالة فيها اذ منفعة الدار معلومة كل شهر منها بكذا، و اخرى بان هذه الجهالات لا تضر لا سيما فى الاجارة.

و فيه: إنّه يمكن دفعهما بانه بما ان الاجارة واحدة و لا يعلم مدة الاجارة، فلا محالة لا يعلم مقدار الاجرة و انه درهم او درهمان او اكثر، و من البيّن ان مثل هذا الجهل موجب للغرر، و عليه فتبطل الاجارة لذلك.

الثانى: جهالة المنفعة، و اورد عليه بان المنفعة انما تكون مالًا بلحاظ بذل الاجرة بازائها، و عليه فلا أثر للعلم و الجهل بها نفسها، بل لو اوجب الجهل بها البطلان، فانما هو بلحاظ الجهل بالمالية الموجب للغرر، و هو انما يكون بالجهل بالاجرة، فيتعين التعليل بالجهل بالاجرة خاصة كما صنعه المحقق فى الشرائع.

و فيه: ان المنفعة كالعين انما تكون ماليتها بلحاظ ما يترتب عليها من الفوائد و الآثار، فهى مال مع قطع النظر عن جعل الاجرة بازائها و ايقاع العقد عليها. و الظاهر ان منشأ تعليل الشرائع بالجهل بالاجرة خاصة، انما هو مناسبة ذكر الفرع فى احكام الاجرة، فيناسبه التعليل بلزوم الخلل فى الاجرة.

الثالث: ان المنفعة حيثية وجودية للعين، قائمة بها و موجودة بوجودها، و حيث انها تدريجية الوجود فهى محدودة بالزمان، فالمنفعة غير المتعيّنة بالزمان مفهوم لا مطابق لها. و فيه: ان المفروض تعيّنها مع فرض الاستيفاء.

فالاظهر فى وجه البطلان لزوم الجهل بالمنفعة و بالاجرة.

و قد استدل للصحة بالعمومات بعد ابطال ادلة المانعين بما تقدم، و قد عرفت عدم تماميته فلا مورد للتمسك بالعمومات.

و استدل للقول الثالث- اى الصحة فى الشهر الاول- بصدق المعلومية عرفا

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٥٠

[...]

بالنسبة الى الشهر الاول، من جهة ان المراد من ذلك عرفا هذا الشهر بدرهم، و كل شهر تسكنه كذلك.

أو ان هذا مقتضى حمل الاطلاق فى الاجارات المطلقة بحسب الزمان على الزمان المتصل بالعقد.

و بفحوى مصحح ابى حمزة عن الامام الباقر عليه السلام الوارد فى من اكترى دابة الى مكان معين بشىء معين، ثمّ قال: فان جاوزته فلك كذا و كذا زيادة و يسمّى ذلك، قال عليه السلام: لا بأس به كله «١».

و فى الجميع نظر. اما الاول فلان الشهر الاول هو المتيقن، و هذا لا يوجب معلومية المنفعة و الاجرة بعد كون الاجارة اجارة واحدة لا تعدد فيها.

و أما الثانى فلان الاطلاق يقتضى تعيّن الابتداء و انه المتصل بالعقد، و هذا اعمّ من المعلومية.

و أما الثالث فلان الظاهر من المصحح تعيين المنفعة و الاجرة، و ان قوله: فان جاوزته، شرط او مواعدة و مراضاة، و على كل حال اجنبى عن المقام. فالاظهر هو البطلان مطلقا.

تصحيح الاجارة المزبورة بعنوان آخر

افاد بعض الفقهاء انه على القول ببطلان الاجارة المفروضة بعنوان الاجارة، يمكن تصحيحها بعنوان الجعالة، او بعنوان الاباحة بالعوض.

---

(١) الوسائل باب ٨- من ابواب الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٥١

[...]

اما تصحيحها بعنوان الجعالة فقد ذكر له تقاريب:

١- ما فى الجواهر، بان يقول الساكن مثلا: جعلت لك على كل شهر اسكنه درهما. و فيه: انّ الجعالة عبارة عن جعل شيء على نفسه لمن يعمل عملًا له، و اما جعل شيء لغيره بازاء عمل نفسه فهو خارج عن الجعالة. و بعبارة اخرى: فى الجعالة يكون الجعل للعامل، و هنا يكون على العامل.

٢- ما ذكره بعض، و هو ان يجعل المستأجر الاجرة فى قبال اسكان المالك. و فيه: ان الاسكان لا مالية له، و الاجرة انما تكون بازاء متعلق الاسكان و هو السكنى، كما هو واضح.

٣- ان يقول المؤجر: من استوفى منفعة دارى عليه كذا. و فيه: ان الجعالة كما عرفت جعل شيء على نفسه للعامل، و هذا جعل شيء له على من يستوفى منفعة ملكه.

۴- ان يجعل منفعة الدار لمن اعطاه درهما مثلا. و لا أرى فى ذلك محذورا، سوى جهالة العوض، و فى مبطليتها للجعالة كلام سياتى.

و أما تصحيحها بعنوان الاباحة بالعوض، فالكلام فيه يقع فى جهات:

الاولى: فى الاباحة بالعوض موضوعا و حكما.

الثانية: فى تطبيقها على المقام.

الثالثة: فى كفاية هذه الجملة لانشائها.

اما الاولى فالكلام فيها فى موارد:

الاول: فى حقيقتها، و انها هل تكون بيعا، ام اجارة، ام صلحا، ام معاملة مستقلة؟.

الثانى: فى الدليل على صحتها و نفوذها.

الثالث: فى انها على فرض الصحة لازمة ام جائزة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ۵٢

[...]

امـا الاول، فلا ريب فى انها ليست تمليكا للعين، و لا للمنافع، و لا للانتفاع. اما الاولان فواضح، و اما الاخير فلان الانتفاع قائم بالمباح له و من افعاله، فكيف يملكه! و ايضاً ليست من قبيل اعطاء حق به، فان جواز التصرف من الاحكام التكليفية لا من الحقوق، و لذا ليس له اسقاطه و لا إعطاؤه و نقله الى غيره. و على هذا فهى ليست اعطاء شيء بالمباح له بازاء شيء فلا تكون بيعا، و لا تكون نقلا للمنافع فلا تكون اجارة، و ليست انشاءً للتصالح و التسالم على امر- كما هو واضح- فلا تكون صلحا. و بعبارة اخرى: ان الصلح ليس هو التسالم على امر، و الا لزم كون جميع المعاملات صلحا، بل الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة عقدية و انشاء للتسالم، و من الواضح انها لا تنطبق على المقام، بل هى اباحة تكليفية للتصرفات و رفع للمنع عنها، فهى معاملة مستقلة.

و أما الثانى، فيدل على صحتها آية التجارة عن تراض لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ «١» فان التجارة عبارة عن التكسب و الاسترباح الشامل للمقام، و لا وجه لما قيل من انها عبارة عن التكسب بالمال فلا يشمل المقام.

و النبوى: الناس مسلطون على اموالهم «٢» فان مقتضى عمومه الانواعى ان للمالك التصرف فى ماله بجميع انواعه، منها اباحته للغير بالعوض.

و السيرة العقلائية القائمة على الاباحة بالعوض المسمى، كما هو المتعارف فى اجارة الدكاكين و الفنادق و ما شاكل، اذ الانسان يستأجر الدكان من مالكه شهرا مثلا

(١) النساء- آیة ٢٩.

(٢) البحار ج ١ ص ١٥۴- الطبع القدیم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحدیث.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ۵٣

[...]

بمبلغ، ثمّ یبنیان علی انه کل ما بقی المستأجر یعطی الاجرة بتلک النسبة، بل التصرف فی الحمامات ایضاً من هذا القبیل.

و أما المورد الثالث فیشهد للزومها قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١». لا یقال: انه یعارضه فی طرف الاباحة عموم دلیل السلطنة. فانه یتوجه علیه:

اولا: ان دلیل السلطنة انما یدل علی ثبوت السلطنة علی المال، و لا یدل علی السلطنة علی العقد، و الاباحة اللازمة فی المقام انما هی اباحة عقدیة، لا إباحة مستندة الی الاذن.

و ثانیا: ان دلالة الآیة الشریفة بالعموم، و دلالة دلیل السلطنة بالاطلاق، ففی مورد الاجتماع یقدم الاولی.

و ثالثا: ان الآیة تقدّم، و علی فرض التساقط المرجع هو استصحاب الاباحة. فالمتحصل ان الاباحة بالعوض معاوضة مستقلة صحیحة لازمة.

و أما الجهة الثانیة، فلا اشکال فی صدق الاباحة بالعوض علی المقام، فان الفرض ان المالک یبیح لغیره التصرف فی ماله بالمبلغ المعین.

و أما الجهة الثالثة، فالاظهر عدم کفایة انشاء الاباحة بالعوض بالصیغة المزبورة، ای: آجرتک کل شهر بدرهم، فان انشاء عقد بما وضع لعقد آخر لا یجوز، کما تقدم الکلام فی ذلک.

(١) سورة المائدة آیة ٢.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ۵۴

[...]

لو قال: آجرتک شهرا بدرهم فان زدت فبحسابه

الخامس: لو قال: آجرتک شهرا بدرهم فان زدت فبحسابه، فهل یصح مطلقا، ام یبطل کذلک، ام یفصل بین الشهر الاول فیصح، و غیره فیبطل؟ وجوه.

و تفصیل القول فی المقام: انه لا إشکال فی ان ذلک بالاضافة الی الشهر الاول اجارة، و اما بالنسبة الی سائر الشهور فیتصور وجوه:

١- اجارة ما زاد کل شهر بدرهم.

٢- کون ما زاد من قبیل الشرط.

٣- ان یکون ما زاد بعنوان المواعدة و المراضاة.

اما الوجه الاول فبالنسبة الی ما زاد حال هذه المسألة حال المسألة المتقدمة، و اما بالنسبة الی الشهر الاول المختص باجارة خاصة فتصح و لا وجه لبطلانها.

و أما الوجه الثانی، فبالنسبة الی ما زاد بناء علی ظهوره فی ان المشروط ما یختاره المستأجر یکون شرطا مجهولا، فان قلنا بان الشرط المجهول فاسد فسد و افسد العقد، بناء علی ان الشرط الفاسد مفسد، و الا فلا.

و قد استدل للصحة بمصحح ابی حمزة المتقدم. و فیه اولا: کونه من قبیل الشرط غیر ظاهر. و ثانیا: ان العوض فی مورد الخبر معیّن فلا ربط له بالمقام.

و أما الوجه الثالث، فبالنسبة الی الشهر الاول یصح، و بالنسبة الی سائر الشهور لیس هناک ملکیة و لا استحقاق بعقد او ایقاع.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۵۵

[...]

الاجارة للخیاطة المرددة بین صنفین

السادس: اذا قال: ان خطت هذا الثوب فارسیا- ای بدرز- فلک درهم، و ان خطته رومیا- ای بدرزین- فلک درهمان، فقد یکون ذلک بعنوان الاجارة، و قد یکون بعنوان الجعالة.

اما الاول، فان کان ذلک باجارته للخیاطة بدرهمین و اشتراط نقص الاجارة لو کانت فارسیة، او باجارته للخیاطة بدرهم و اشتراط اعطاء درهم آخر لو وقعت رومیة، صحت الاجارة و الشرط فی الصورتین.

و ان کان المجموع بعنوان الاجارة، فعن المبسوط و الخلاف و التذکرة و اللمعة و مجمع البرهان و الکفایة القول بالصحة، و اختارها فی الشرائع. و عن السرائر و المختلف و الایضاح و حاشیة الارشاد للفخر و جامع المقاصد و المسالک و الروضة و غیرها البطلان.

و استدل للثانی بوجهین:

۱- ما افاده المحقق الاصفهانی ره، و حاصله ان کل هویة تعلقیة حقیقیة کانت ام اعتباریة، لا بدّ و ان تتعلق بشیء و طرف مقوّم لها و مشخص لوجودها، و ذلک الطرف لا- یعقل ان یکون مبهما، اذ المبهم المردد بین الطرفین الملحوظین المتعیّنین بجمیع انحاء التعیّن الماهوی و الوجودی لا تحقق له و لا شیء. و فی المقام حیث ان الاجارة لا تکون علی کل منهما لتضادهما، و لا علی احدهما المعین لانه خلاف المفروض، فلا بد و ان تکون علی احدهما المردد فلا تصح لذلک.

و فیه: انه یمکن ان یقال: ان المراد بهذه الجملة الاجارة علی ما یختاره العامل فیما بعد، او ما یقع علیه سهم القرعة، و علیه فهو متعیّن واقعا، فلا محذور فیه من هذه

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۵۶

[...]

الجهة.

۲- ما ذکره جماعة- منهم سید العروة- و هو الجهالة. اورد علیه تارة بان کلا من الفعلین معلوم و اجرته معلومة و الواقع لا یخلو منهما، و اخری بان الاجارة تحتمل من الغرر ما لا یحتمله البیع، کما صرّحوا به فی غیر موضع.

و لکن یرد علی الاول- مضافا الی النقض بما لو قال: ان اسکنت داری الی کذا فعلیک کذا، و ان اسکنتها شهرا مثلا فعلیک کذا، فهل یتوهم فقیه صحة مثل ذلک مع ان البرهان المزبور یقتضی صحته- ان معلومیة کل منهما فی نفسه، لا تنافی الجهل بالمنفعة التی وقعت الاجارة علیها المرددة بین المعلومتین، و لا الجهل بالاجرة.

و علی الثانی انه بعد لزوم الغرر و الدلیل علی مبطلیته، لا أری وجها للحکم بالاغتفار. فالحق تمامیة هذا الوجه.

و قد استدل للصحة بالعمومات، و بمصحح ابی حمزة- المتقدم- الوارد فی استئجار الدابة الی مکان و ما زاد، و بصحیح الحلبی الآتی فی المسألة الآتیة.

و لکن یرد علی الاول ما تقدم من لزوم رفع الید عن العمومات، بما دل علی مانعیة الجهل و الغرر.

و علی الثانی انه یدل علی صحة الاجارة علی شیء الی مکان معین، مع اشتراط ان یزید لو تجاوز عن ذلک الحد کما مر.

و علی الثالث انه یدل علی نفوذ اشتراط ان ینقص من الاجرة اذا احتبسه عن ذلک الزمان کل یوم بکذا.

فتحصل ان الاظهر هو البطلان بعنوان الاجارة.

و هل تصح لو ارید بالعبارة المزبورة الجعالة کما صرح به غیر واحد، ام لا تصح کما عن المختلف؟ وجهان مبتیان علی اعتبار التعیین فی الجعل دفعا للغرر ام لا، فعلی

[...]

الاول لا تصح، و علی الثانی تصح، و حیث ان الظاهر هو الاول- کما سیأتی ان شاء اللّه تعالی فی کتاب الجعالة- فالاقوی عدم صحتها بهذا العنوان ایضاً.

و قد ظهر مما ذکرناه حال مسألة اخری، و هی ما لو قال: ان عملت العمل الفلانی فی هذا الیوم فلک درهمان، و ان عملته فی غد فلک درهم، لاتحاد المسألتین دلیلا للصحة و الفساد و شقوقا و مختارا.

فما عن المبسوط و التحریر و الکفایة من التأمل فی الثانیة، مع الجزم بالصحة فی الاولی، غیر تام.

کما ان ما فی الشرائع من القول بالصحة فی الاول بلا تردد، و فی الثانیة بعد التردد، لا وجه له. قد ذکروا فی توجیه ذلک وجوهاً ضعیفة.

الاجارة علی عمل معین فی وقت معین

السابع: اذا وقعت الاجارة علی عمل معین فی وقت معین و لم یأت به، کما لو استأجره او دابته لیحمله او یحمل متاعه فی شهر معین و یوصله الی بلد معین قبل مجیء الشهر القادم مثلاـ و لم یأت المستأجر بذلک فی الوقت المعین، او استأجره لیخیط ثوبه فی هذا الاسبوع و لم یخطه او ما شاکل، فهل تبطل الاجارة ام لا؟.

و تحقیق القول فی المقام: ان العمل فی ذلک الزمان المعین قد یکون متعذرا، و قد یکون ممکنا و لکنه سامح و قصر حتی فات الوقت، و علی التقدیرین قد یکون اخذ الزمان المعین بنحو الاشتراط ای الالتزام فی ضمن الاجارة مع کون المستأجر علیه هو العمل الخاص، و قد یکون بنحو تقیید العمل المستأجر علیه، فیجعل العمل الخاص من حیث الزمان المخصوص بازاء الاجرة المعینة.

[...]

و ما نسب الی المحقق النائینی ره من ان أخذ الزمان بنحو الشرطیة یختص بما اذا کان المستأجر علیه المنفعة القائمة بعین شخصیة، و بنحو القیدیة یختص بما اذا کان المستأجر علیه الکلی الذمی، فمورد العنوانیة غیر مورد الشرطیة، و لا ینطبق مورد واحد علی احدهما تارة و علی الآخر اخری.

یرد علیه: ان الکلی کما یکون قابلاـ لان یقید، کذلک یصح ایقاع الاجارة علیه، مع الالتزام بخصوصیة فی مقام ایجاد العمل. و اما

منفعة العین الشخصیة فهی من جهة قابلیتها لان تتطور باطوار مختلفة- من حیث السرعة و البطء و کثرة طی الطریق و قلته و ما شابه ذلک- قابلة لان تقید بطور خاص، فکما ان له ان یستأجر الدابة مثلا لایصاله الی کربلاء و یشترط کون الایصال فی زمان خاص کقبل لیلة النصف من شعبان، کذلک له ان یستأجرها بهذه الخصوصیة.

اما فی صورتی الاشتراط، فالاظهر صحة الاجارة من غیر فرق بین تعذر الشرط او تخلفه. غایة الامر فی صورة التعذر یفسد الاشتراط لعدم القدرة، فعلی القول بان الشرط الفاسد مفسد بطلت الاجارة، و الا کما هو الحق فلا. و فی صورة التخلف لا یفسد الشرط. و علی التقدیرین یثبت للمستأجر الخیار، فان امضاه کان علیه تمام الاجرة، و ان فسخ العقد رجعت الاجرة المسماة الی المستأجر، و رجع العمل الخاص الی المؤجر، و یکون مستحقاً لأجرة مثل عمله المحترم، لفرض انه لم یقصد المجانیة. فما فی العروة من الحکم بالفساد فیما اذا لم یسع الوقت مطلقا، فی غیر محله.

و أما فی صورتی العنوانیة، فان تعذر العمل فی ذلک الوقت و کان التعذر من الاول بطلت الاجارة، لعدم تمکنه من العمل الخاص فلا یعقل تملیکه اياه.

و هل یستحق شیئاً بازاء عمله؟ وجهان، اقواهما ذلک، فانه و ان تعذر صیرورة المأتی به وفاء بالاجارة الا انه لم یأت به مجاناً، فلا یسقط عمله عن الاحترام، فیکون

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۵۹

[...]

المستأجر مشغولًا ذمته باجرة مثل عمله.

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۹، ص: ۵۹

و ان کان التعذر طارئاً صحت الاجارة و لا وجه لبطلانها، بل یثبت خیار تعذر التسلیم، فللمستأجر امضاء الاجارة و الاکتفاء بما أتی به المؤجر من العمل وفاء عماله علیه و فسخ العقد، فان فسخ رجعت الاجرة الیه و لا ترجع مالیة العمل المستأجر علیه الی المؤجر لعدم ایصاله الی المستأجر، و اما العمل المأتی به فحکمه ما تقدم فی الفرض الاول.

و ان لم یتعذر العمل بل سامح و قصر حتی فات وقت العمل، لا تنفسخ الاجارة لعدم الموجب له. و توهم الانفساخ من جهة تلف المستأجر علیه فاسد، لاختصاص الدلیل بالبیع، و بالتلف غیر الشامل للاتلاف، و بالعین الشخصیة، فلا یشمل الکلی لانه لا تلف له. فالمؤجر یستحق تمام الاجرة، و المستأجر یستحق العمل الخاص، و حیث انه لا یمکن تسلیمه فیستحق اجرة مثله، و هی قد تساوی الاجرة المسماة، و قد تنقص و قد تزید. و اما العمل المأتی به، فحیث انه قد أتی به عامداً فی غیر وقته و هو ضد المستأجر علیه، فقد هتک العامل حرمة عمله، فلا وجه لأجرة مثله.

شرط عدم الاجرة تماما او رأسا

الثامن: لو استأجره علی عمل خاص فی وقت معین، و قال: ان لم تأت به فی هذا الوقت فلا اجرة لک، او ان الاجرة اقل مما عین له کما لو استأجره علی ان یخیط ثوبه فی هذا الاسبوع، و قال: ان لم تتم الخیاطة فیه فلا اجرة لک، او ان اجرتها نصف ما توافقنا علیه.

فالکلام فی موردین:

الاول: فی شرط عدم الاجرة تماما.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۶۰

[...]

الثانی: فی شرط عدمها رأساً.

اما المورد الاول فهو علی قسمین: اذ قد یکون ذلک بحیث تکون کلتا الصورتین ای الخیاطة فی هذا الاسبوع و الخیاطة بعد ذلک مورداً للاجارة، و قد یکون مورد الاجارة هو الخیاطة فی هذا الاسبوع، و یشترط علیه ان ینقص من الاجرة کذا علی فرض عدم تحقق العمل فی الوقت المعین.

اما القسم الاول، فالظاهر بطلان الاجارة ان کانت الاجارة بنحو التخییر، لما تقدم فی المسألة المتقدمة من جهالة العمل و الاجرة.

و ان کانت بنحو الترتیب، بان تکون الاجارة الثانیة مرتبة علی عدم الوفاء بالاجارة الاولی، او عدم الوفاء بقیده و هو الاتیان به فی وقت خاص، فتارة یملک المؤجر العمل الخاص للمستأجر و فی ظرف عدم الوفاء به یملک المضاد معه اياه، و اخری یملکه العمل الخاص و یشترط علیه الاتیان به فی الوقت المعین، و علی فرض عدم الاتیان به فی ذلک الوقت یملکه العمل باجارة اخری.

لا اشکال فی الصورة الثانیة فی صحة الاجارة الاولی و بطلان الثانیة، اما صحة الاولی فلتمامیة ارکانها، و اما بطلان الثانیة فلان المؤجر بعد تملیکه العمل للمستأجر لا یملک شیئا کی یملکه ثانیا.

و أما فی الصورة الاولی، فالظاهر صحة الاجارتین، و ذلک لان المؤجر یملک العملین الذین هما مورد الاجارتین بنحو الترتیب، فلا مانع من تملیکه المستأجر بهذا النحو، و بعبارة اخری: العملان حصتان من طبیعی العمل و متضادتان فی التحقق، فکما انه بالترتب یرتفع محذور تضاد التحققین، کذلک یرتفع به محذور الملکیتین. اللهم الا ان یقال: انه تبطل الثانیة لکونها معلقة علی شرط مشکوک الحصول، و قد اتفقت کلماتهم علی بطلان العقد المعلق علی مثل ذلک.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۶۱

[...]

فالمتحصل انه ان کانتا بنحو التخییر بطلت الاجارتان، و ان کانتا بنحو الترتیب بطلت الثانیة خاصة.

و أما القسم الثانی، فالکلام فیه تارة فیما تقتضیه القواعد، و اخری فیما یقتضیه النص الخاص.

اما الاول، فان کان شرط عدم الاجرة تماما من قبیل شرط سقوط الاجرة علی تقدیر عدم الاتیان بالعمل فی الوقت المعین، فقد یقال: انه من قبیل اسقاط ما لم یجب، اذ ما لم یتمّ العقد لا یستحق المؤجر الاجرة و لا تکون ثابتة له، فشرط سقوط بعضها شرط سقوط ما لم یثبت. و ایضا شرط سقوطها، علی تقدیر عدم الاتیان بالعمل فی الوقت المضروب له، شرط تعلیقی لا تنجیزی، و قد ادعی الاتفاق علی انه لا تعلیق فی العقود و الایقاعات و منها الشرط.

و لکن یرد الوجه الاول: ان اسقاط ما لم یجب ان کان فعلیاً و منجزاً لم یصح، لعدم الثبوت. ان کان مشروطا بثبوته- بمعنی انه ینشأ السقوط بعد الثبوت- فلا محذور فیه عقلا.

و الوجه الثانی: انه لا دلیل علی بطلان التعلیق فی خصوص الشرط. و لا اتفاق منهم فیه، کما یظهر من نظائر المقام. فالاظهر الصحة.

و ان کان الشرط عدم استحقاق تمام الاجرة، فحیث ان الاجارة الشخصیة متقومة بطرفیها، ففرض عدم استحقاق تمام الاجرة، فرض بطلان الاجارة، فاما ان تکون الاجارة تعلیقیة و علی تقدیر العمل فی الوقت المعین فتفسد الاجارة لذلک، و اما تکون مطلقة فیکون الشرط منافیا لمقتضی العقد فیکون فاسدا، و ان قلنا بمفسدیة الشرط الفاسد افسدت الاجارة ایضا و الا فلا. هذا ما تقتضیه القاعدة.

و أما النص، فمقتضی خبر الحلبی: کنت قاعداً عند قاض من القضاة و عنده

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۶۲

[...]

ابو جعفر علیه السلام جالس، فجاءه رجلان فقال احدهما: انی تکاریت ابل هذا الرجل لیحمل لی متاعا الی بعض المعادن، و اشترطت علیه ان یدخلنی المعدن یوم کذا و کذا لانها سوق اخاف ان یفوتنی، فان احتبست عن ذلک حططت من الکراء لکل یوم احتبسته کذا و کذا، و انه حبسنی عن ذلک الیوم کذا و کذا یوما. فقال القاضی: هذا شرط فاسد وفّه کراه. فلما قام الرجل اقبل الیّ ابو جعفر علیه السلام فقال: هذا شرط جائز ما لم یحط بجمیع کراه «۱» صحة الاجارة و الشرط ان کان الشرط من قبیل شرط السقوط، اذ الحط من الکراء ظاهر فی شرط سقوط مقدار منه لا عدم استحقاقه. هذا کله فی المورد الاول.

و أما الثانی و هو شرط عدم الاجرة رأساً، فان کان ذلک من قبیل شرط السقوط، فمقتضی القاعدة صحة الشرط ایضاً، اذ لا وجه لفساده سوی الوجهین المتقدمین و قد عرفت ما فیهما، و ما افاده صاحب الجواهر ره من ان شرط سقوط الاجرة کلا مناف لمقتضی العقد الاجاری المتقوّم حقیقته بالاجرة، یندفع بان شرط السقوط من جهة تفرع السقوط علی الثبوت، یؤکد مقتضی العقد لا انه مناف له، الا ان مقتضی صحیح الحلبی المتقدم فساد الشرط کما هو واضح.

و ان کان من قبیل شرط عدم الاستحقاق فسد الشرط، لکونه منافیا لمقتضی عقد الاجارة، و حینئذ ان کان المراد جعل الاجرة بازاء العمل علی تقدیر الاتیان به فی الوقت المعین، فسدت الاجارة ایضاً للتعلیق.

و أما ان کان شرط سقوط الاجرة رأسا علی وجه القیدیة، فان کان ذلک علی وجه التخییر بطل العقد للجهالة، و ان کان علی نحو الترتب بطلت الثانیة خاصة- لان الاجارة بلا اجرة باطلة- و صحت الاولی کما تقدم.

(۱) الوسائل- باب ۱۳- من ابواب الاجارة حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۶۳

و هی لازمة

الاجارة صحیحة و لازمة

المقام الثانی: فی الاحکام

اشارة

، و الکلام فیه فی طی مسائل:

[الاجارة صحیحة و لازمة]

اشارة

الاولی: الاجارة ثابتة بالکتاب و السنة و اجماع علماء الخاصة و العامة، قال اللّه تعالی فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَکُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ «۱».

و قال سبحانه لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَیْهِ أَجْراً «۲».

و قال عز و جل قَالَتْ إِحْدَاهُمَا یَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَیْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِیُّ الْأَمِینُ «۳».

و قال: قَالَ إِنِّی أُرِیدُ أَنْ أُنْکِحَکَ إِحْدَی ابْنَتَیَّ هَاتَیْنِ عَلی أَنْ تَأْجُرَنِی ثَمانِیَ حِجَجٍ «۴».

و أما السنة فمستفیضة ستمر علیک جملة منها.

و هی لازمة بلا خلاف، و یشهد به- مضافا الی عموم قوله تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۵» و غیره مما تقدم فی کتاب البیع-

جملة من النصوص، کصحیح علی بن یقطین عن ابی الحسن علیه السلام عن الرجل یتکاری من الرجل البیت او السفینة، سنة او

---

(۱) سورة الطلاق آیة ۶.

(۲) سورة الکهف آیة ۷۷.

(۳) سورة القصص آیة ۲۶.

(۴) سورة القصص آیة ۲۷.

(۵) سورة المائدة آیة ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۶۴

لا تبطل الا بالتراضی

اکثر من ذلک او اقل، قال علیه السلام: الکری لازم له الی الوقت الذی تکاری الیه «۱» و نحوه خبر محمد بن سهیل «۲» و صحیحه الآخر عنه علیه السلام «۳» و نحوها غیرها.

و افاد صاحب الحدائق: ان المشهور بین الاصحاب انه لما کانت الاجارة من العقود اللازمة، وجب انحصار الفاظها فی الالفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغة، و کذا یشترط فیها ما یشترط فی غیرها من العقود اللازمة من العربیة و وقوع القبول علی الفور و ما شاکل.

و لکن قد عرفت فی کتاب البیع انه لا یعتبر شیء من ذلک فی البیع و غیره من العقود اللازمة، و انما وقع الکلام بینهم فی المقام فی موردین:

الاول: فی جریان الاقالة فی عقدها.

الثانی: فی جعل الخیار فیه.

اقالة الاجارة

اما الاول، ففی المتن متفرعا علی القول بلزوم الاجارة: لا تبطل الا بالتراضی، و الظاهر ان هذا- ای انفساخ الاجارة بالاقالة بان یتراضیا علی فسخ عقدها- هو المشهور بین الاصحاب، بل قیل بلا خلاف.

و یمکن ان یستدل له بان التقایل من العقود، فتشمله الادلة العامة صحة و لزوما. توضیحه: ان موضوع تلک الادلة تجارة عن تراض و العقد و التصرف فی ماله،

---

(۱) الوسائل- باب ۷- من ابواب احکام الاجارة.

(۲) الوسائل- باب ۷- من ابواب احکام الاجارة.

(۳) الوسائل- باب ۷- من ابواب احکام الاجارة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۶۵

[...]

و جمیع هذه تصدق علی الاقالة. فان حل العقد بالتراضی بعد کونه امرا اعتباریا، و کل من الطرفین یلتزم بعود ما انتقل الیه الی صاحبه و یربط التزامه بالتزام الآخر یصدق علیه العقد، و مجرد التعبیر بحل العقد لا ینافی ذلک. و حیث انه یوجب صیرورة کل من العوضین ملکا لمالکه الاول، فیصدق علیه التجارة و المفروض انه عن تراض. و حیث انه قبل التصرف مال للمقیل، و قد حققنا فی کتاب البیع انه یدل دلیل السلطنة علی نفوذ التصرفات المتعلقة به کالبیع و غیره، فهو ایضا دال علی صحة الاقالة.

و ربما یستدل لها- مضافا الی ما ذکرناه- بوجوه اخر:

منها: ان حقیقة المعاقدة متقوّمة بالتزام الطرفین، فمع رفع الید عنه لا معاقدة حقیقة. و فیه: ان عقد المتعاقدین حدوثاً موضوع لاعتبار العقلاء و الشارع بقاء و ان ارتفع التزامها کما لا یخفی.

و منها: النصوص الخاصة: و فیه: انها ما بین ما هو مختص بالبیع، کخبر ابن حمزة عن مولانا الصادق علیه السلام: ایّما عبدا قال مسلما فی بیع اقاله اللّه عثرته یوم القیامة «۱» و مرسل الصدوق عنه علیه السلام: ایّما مسلم اقال مسلما ندامة فی البیع «۲» الخ و نحوهما غیرهما.

و بین ما هو ضعیف السند، کمرسل الجعفری: ان رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله لم یأذن لحکیم بن حزام فی التجارة حتی ضمن له اقالة النادم «۳» فانه و ان کان شاملا للاجارة ایضا فانها تجارة، لکنه ضعیف السند للارسال.

---

(۱) الوسائل باب ۳- من ابواب آداب التجارة حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۳- من ابواب آداب التجارة حدیث ۴.

(۳) الوسائل باب ۳- من ابواب آداب التجارة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۶۶

[...]

و بین ما لا یکون له اطلاق من هذه الجهة، کخبر سماعة بن مهران عن ابی عبد اللّه علیه السلام: اربعة ینظر اللّه الیهم یوم القیمة: من اقال نادماً الخ «۱» فانه یدل علی ترتّب ما تضمنه من الأثر علی الاقالة المشروعة، و لیس فی مقام بیان المشروعیة کی یتمسک باطلاقه.

و لکن الانصاف انه لا وجه لمنع اطلاقه، فان ظاهره وروده فی مقام بیان المشروعیة بلسان ترتّب الثواب، کغیره من النصوص المتضمنة للثواب علی فعل.

و منها: الاجماع. و فیه: انه لم یثبت کونه اجماعا تعبدیا کاشفا عن رأی المعصوم علیه السلام.

فتحصل ان مقتضی العمومات و خبر سماعة مشروعیة الاقالة فی الاجارة.

[جعل الخیار فی الاجارة]

و اما المورد الثانی، فالمشهور بین الاصحاب، بل لا یظهر فیه مخالف، صحة شرط الخیار لهما أو لأحدهما او لاجنبی، و انه تنفسخ الاجارة اذا اختار الفسخ من جعل له الخیار، و قد نفی الخلاف و الاشکال عن ذلک الشیخ الاعظم ره. و الاصل فی ذلک النصوص

العامة المسوغة لاشتراط کل شرط الا ما استثنی «۲» و لیس هذا منه.

و قد اتفقوا علی انه لا یدخلها خیار المجلس، لاختصاصه بالبیع، فلا یثبت فیه مع الاطلاق. اما لو شرط، فالمشهور عدم صحته، و عن الشیخ فی المبسوط صحة الشرط المذکور، لعموم دلیل صحة الشرط. و لکن یرد علیه ان المجلس حیث یختلف زیادة و نقصانا، فلا محالة یلزم کونه شرطا مجهولا فیفسد لذلک.

---

(۱) الوسائل باب ۳- من ابواب آداب التجارة حدیث ۵.

(۲) الوسائل باب ۶- من ابواب الخیار.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۶۷

لا بالبیع

لا تنفسخ الاجارة ببیع العین المستأجرة

اشارة

الثانیة: لا- تنفسخ الاجارة بالبیع، ای بیع العین المستأجرة قبل تمام مدة الاجارة، بلا خلاف فیه. و تنقیح القول فی المقام بالبحث فی موارد:

احدها:

ما اذا باع العین المستأجرة من غیر المستأجر

، لا خلاف فی صحة البیع، و لا فی بقاء الاجارة الصحیحة اللازمة علی حالها، و یشهد لهما العمومات فانه لا منافاة بینهما، فان الاجارة انما تتعلق بالمنافع، و البیع یتعلق بالاعیان.

و غایة ما قیل فی المقام- فی وجه انفساخ الاجارة-: ان مالک العین له تملیک منافعها ما دامت هی مملوکة له، و لذا لو تلفت العین بعد الاجارة تنفسخ الاجارة من حین التلف، و علیه فحیث انه اذا باع العین و خرجت هی عن ملکه لما کانت المنافع باقیة فی ملکه، اذا بانتقالها تنتقل المنافع للتبعیة فتنفسخ الاجارة.

و لکن یرد علیه: ان مالک العین کما یکون مالکا لها بالملکیة المرسلة، کذلک یکون مالکا لمنافعها ما دام بقاء العین، فاذا ملکها الی مدة خرجت فی تلک المدة عن ملکه، و فی اثناء تلک المدة اذا باع العین تنتقل هی مسلوبة المنفعة فی تلک المدة الی المشتری، فان تملک المشتری المنافع انما یکون مع بقائها فی ملک البائع و انتقالها الیه بالتبع، و هذا انما یکون مع عدم انتقالها قبل ذلک الی الغیر.

و قد یقال- کما عن المحقق الاردبیلی ره-: انه ان کانت المنافاة ثابتة، لبطل البیع العارض علیها دون الاجارة.

و فیه: انه ان کان المدعی تبعیة ملک العین لملک المنافع صح ذلک، و لکن حیث یکون هو تبعیة ملک المنافع لملک العین فلا مانع من صحة البیع، فتدبر حتی لا تبادر

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۶۸

[...]

بالاشكال.

و المشهور بين الاصحاب ان للمشترى الخيار مع جهله بالاجارة، و استدلوا لذلك بوجوه:

۱- ما فى العروة- تبعا للمشهور- و هو ان نقص المنفعة عيب. و فيه: انه لو صح ذلك، لزم البناء على التخيير بين الامضاء بدون اخذ الارش او معه، و بين الفسخ كما هو الشأن فى موارد خيار العيب، و لا يقولون بان له ان يطالب الارش. و تأويل ذلك تارة بانه عيب لا كسائر العيوب، و اخرى بانه عيب حكمى، لا يفيد فى رفع المحذور، لانه ان اريد بذلك عدم كونه عيبا حقيقة و انما هو بحكم العيب فهو يحتاج الى دليل مفقود، و ان كان المراد غير ذلك فلا بد من البيان.

۲- ما عن المحقق الثانى، و هو ان ذلك ضرر و هو يوجب الخيار. و فيه: انه ان كان المفروض بيعها على ما هى عليه من نقص المنفعة بازيد من قيمتها السوقية، ثبت خيار الغبن و الا فلا ضرر حتى يثبت به الخيار، مع ان فى ثبوت الخيار بحديث لا ضرر كلاماً تقدم فى كتاب البيع.

۳- ما ذكره جماعة، و هو انه من قبيل خيار تخلف الوصف، اذ المشترى انما اشتراها بعنوان انها ذات منفعة، فاذا انكشف كونها عينا لا منفعة لها ثبت هذا الخيار. و فيه: ان تخلف الوصف الذى لم يقع عليه العقد لا يوجب الخيار.

۴- ما فى الجواهر، و هو اقتضاء اطلاق العقد تعجيل التسليم للانتفاع. و فيه: ان تعجيل التسليم انما هو فى صورة وجوبه، و فى الفرض لا وجوب للتسليم الا بعد انقضاء مدة الاجارة.

و الحق فى وجهه ان يقال: ان ثبوت الخيار انما يكون من جهة تخلّف الشرط الضمنى، و ذلك لان بناء المتعاملين على كون العوضين على ما هما عليه من المنافع، فان

[...]

التبديل انما هو للانتفاع، فيكون التبديل منوطا بوجود المنفعة، و حيث ان هذا البناء نوعى بحسب العرف و العادة، فيجرى نفس اجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط وجود المنفعة، فمدرك هذا الخيار تبانى المتعاقدين نوعا على ذلك، و يكون ذلك بمنزلة التصريح به فى ضمن العقد و انما لم يصرح به لمعلوميته، فعند التخلّف يثبت خيار تخلف الشرط، و قد مر فى كتاب البيع فى مبحث الخيارات تمام الكلام فى ذلك.

ثمّ انه مع علم المشترى او جهله و امضاء العقد، لو فسخ المستأجر الاجارة او فسخها المؤجر، هل ترجع المنفعة فى بقية المدة الى البائع كما لعله المشهور بين الاصحاب، ام ترجع الى المشترى كما عن المصنف ره فى التذكرة احتماله؟ وجهان.

و قد استدل للثانى بان ملك العين مقتض لملك المنفعة، و الاجارة الصحيحة من الموانع، و بعد فسخها و زوال المانع يؤثر المقتضى اثره.

و فى قبال ذلك استدل المحقق الاصفهانى ره للاول بان حقيقة الفسخ ردّ المعاملة و عود العوضين الى ما كانا عليه، فيستحيل عود المنفعة الى غير البائع المؤجر.

و لكن يرد على الثانى: ان الفسخ ليس حقيقته عود العوضين الى ما كانا عليه بل هو يوجب حل العقد، و لازم ذلك عود العوضين الى ما كانا عليه، و انما يكون ذلك مع عدم المقتضى لدخولهما او احدهما فى ملك غير المالك الاول، فاذا فرضنا وجود المقتضى لذلك لما كان ذلك منافيا للفسخ.

و یرد علی الاول: ان انتقال المنفعة کانتقال العین یحتاج الی السبب، و البیع انما یکون سببا لو لا المانع، و حیث انه فی الفرض لوجود المانع لم یصر البیع سببا لانتقال المنفعة و بعد انفساخ الاجارة لا سبب آخر، فلا محالة تعود الی المالک البائع، و لا وجه لرجوعها الی المشتری.

و لو اعتقد البائع و المشتری بقاء مدة الاجارة، و ان العین مسلوبة المنفعة الی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۷۰

[...]

زمان کذا، و تبیّن ان الاجارة منقضیة، فهل منفعة تلک المدة للبائع أو المشتری؟ وجهان.

قد استدل للثانی فی العروة بان المنفعة تابعة للعین، ما لم تفرز بالنقل الی الغیر او بالاستثناء، و المفروض عدمهما. و فیه: ان انتقال المنفعة بتبع انتقال العین و ان لم یکن محتاجا الی قصد تفصیلی، الا انه مع قصد عدم الانتقال و انشاء المعاملة کذلک لا دلیل علی انتقالها، و دلیل التبعیة قاصر عن الشمول لهذا المورد. فالاظهر انها للبائع، و أولی و أوضح من ذلک ما لو شرط کونها مسلوبة المنفعة.

ثمّ انه علی القول بانها للمشتری الظاهر ثبوت الخیار للبائع، اما اذا اوجب ذلک ثبوت الغبن فواضح، و اما ان لم یوجب ذلک فلانه من قبیل خیار الرؤیة المشترک بین البائع و المشتری.

بیع العین المستأجرة من المستأجر

ثانیها: ما اذا بیعت العین المستأجرة من المستأجر، فالمعروف صحة البیع و الاجارة، فعلی المستأجر الاجرة و الثمن، و لم ینقل الخلاف الا عن المصنف فی الارشاد، و نسب فخر المحققین ذلک الی الشیخ ایضاً، الا ان بعض الاساطین صرّح بانه غیر موجود فی کتبه.

و کیف کان، فحجة المشهور العمومات. و استدل لما اختاره المصنف ره بوجوه:

الاول: ما عن مجمع الفائدة، و هو ان البیع کما یکون علة لنقل العین، کذلک یکون علة لنقل المنفعة. و بعبارة اخری: انه علة لنقل العین و هو علة لنقل المنفعة، و الاجارة ایضاً علة لنقل المنفعة، فیلزم من صحتهما معا اجتماع علتین علی معلول واحد.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۷۱

[...]

و فیه: اولا: ان البیع و تملیک العین علة لنقل المنفعة اذا لم تکن المنفعة منتقلة عن البائع، و الا فلیس علة له.

و ثانیا: ان لازم ذلک لو تمّ بطلان البیع لا الإجارة، فانه بعد وجود السبب الاول یستحیل وجود الثانی.

الثانی: ما عن جامع المقاصد، و هو ان المنفعة نماء العین و تابعة لها، فاذا کانت الاجرة فی قبال المنفعة لزم کون الاجرة بازاء نماء ملک المشتری، فتکون المعاوضة واردة علی مال المالک بماله.

و فیه: انه یتمّ اذا کان ملک المنفعة لازما لا ینفک لملک العین، و لکن لیس کذلک، فان المفروض صحة الاجارة و سلب المنفعة عن العین.

الثالث: ما عن جامع المقاصد ایضاً، و هو ان ملکیة المنفعة لیست ملکیة مغایرة لملکیة العین، و الّا لزم ان یکون لمالک العین مالان و هو باطل بالضرورة و الاجماع، بل تختلف ملکیة العین فی الکمال و النقص باختلاف المنافع قلة و کثرة، فالعین المستأجرة ملکیتها ناقصة باعتبار افراز بعض منافعها بالاجارة، فاذا دخلت فی ملک المستأجر صارت ملکیتها تامة، فلا معنی لبقاء النقص علی حاله. و نظّر

المقام بما لو نکح الامۀ ثمّ اشتراها فانه ینفسخ النکاح، من جهۀ ان النکاح یقتضی ملک البضع خاصۀ، فاذا ملک الرقبۀ لا یبقی ملک البضع، لعدم بقاء الناقص بعد الاستکمال.

و فیه: ان العین و المنفعۀ شیئان، و الملکیۀ تعرض علی کل منهما، فهما ملکان و مالان لا من باب النقص و الکمال. نعم، هذا الوجه یتمّ علی مسلک من یری ان الاجارۀ حقیقتها تملیک العین فی جهۀ خاصۀ، او التسلیط علی العین للانتفاع بها بعوض، و لکن عرفت ان حقیقۀ الاجارۀ تملیک منفعۀ او عمل بعوض. و اما تنظیر المقام باشتراء الامۀ، ففی غیر محله، لان الزوجیۀ و الملکیۀ متقابلتان لا یمکن اجتماعهما فی

[...]

محل واحد بمقتضی الآیۀ الکریمۀ «۱».

الرابع: ان اثر الاجارۀ الانتفاع بمال الغیر، و هذا لا یبقی بعد الشراء. و فیه: ان هذا اول الدعوی.

فالاظهر عدم انفساخ الاجارۀ و صحۀ البیع.

حکم تقارن البیع و الاجارۀ

ثالثها: ما اذا تقارن البیع و الاجارۀ، کما لو باع العین مالکها من شخص، و آجرها وکیله من شخص آخر، و اتفق وقوعهما فی زمان واحد. و فیه وجوه و اقوال:

۱- بطلانهما معا.

۲- صحۀ البیع و بطلان الاجارۀ.

۳- بطلانهما معا بالنسبۀ الی تملیک المنفعۀ، و صحۀ البیع بالنسبۀ الی تملیک العین، فتنتقل العین مسلوبۀ المنفعۀ فی تلک المدۀ الی المشتری، و تبقی المنفعۀ علی ملک المالک.

۴- صحتهما معا، و انتقال العین مسلوبۀ المنفعۀ الی المشتری، و المنفعۀ الی المستأجر.

و استدل للاول بانه یقع التزاحم بین البیع و الاجارۀ، من حیث ان کلا منهما تملیک للمنفعۀ من شخص غیر من یوجب الآخر ملکیتها له، و حیث لا مرجح لاحدهما علی الآخر فلا محالۀ یبطلان معا.

و فیه: ان التزاحم بینهما لو کان، فانما هو بالاضافۀ الی تملیک المنفعۀ، فان کانت

---

(۱) المؤمنون آیۀ ۶.

[...]

ملکیۀ المنفعۀ من اللوازم التی لا تنفک لملکیۀ العین کان ما ذکر تاما، و حیث انه لیس کذلک فلا مانع من البناء علی بطلانهما معا بالنسبۀ الی تملیک المنفعۀ خاصۀ، لو لا ما سنذکره. و بذلک یظهر مدرک القول الثالث.

و أما القول الثانی، فان ارید به صحۀ البیع بالاضافۀ الی تملیک العین خاصۀ رجع الی الثالث، و الا فیرد علیه: انه ما المرجح للبیع

بالنسبة الی تملیک المنفعة.

فالاولان ساقطان، و یدور الامر بین الوجهین الاخیرین، و قد مر مدرک الاول منهما. و استدل للثانی تارة بان متعلق کل منهما غیر متعلق الآخر، فان متعلق البیع العین، و متعلق الاجارة المنفعة، فلا تزاحم بینهما. و اخری: بما فی العروة، و هو ان البائع لا یملک المنفعة و انما یملک العین، و ملکیة العین توجب ملکیة المنفعة للتبعیة، و هی متأخرة عن الاجارة، فلا تزاحم بینهما.

و لکن یرد علی الاول: ان البیع کما یکون تملیکا للعین یکون تملیکا للمنفعة، فبالنسبة الی المنفعة یتزاحمان.

و علی الثانی: ان ملک المنفعة متأخر عن ملک العین بالبیع لاعن الاجارة، و مجرد کون الاجارة فی عرض البیع لا یقتضی ذلک، فان ما فی عرض المتقدم علی شیء رتبة لا یکون متقدما علیه ما لم یکن فیه ملاک التقدم الرتبی، مع ان هذه الاحکام احکام للزمان لا للرتبة، و من المعلوم ان ملکیة المنفعة بالبیع انما تکون فی زمان ملکیة العین بلا تقدم و لا تأخر بینهما.

فالحق ان یستدل له بان تبعیة ملک المنفعة لملک العین انما تکون مع عدم المقتضی لعدم التبعیة مستقلا، اما بالاستثناء او بتملیکها من شخص آخر، و الا فلا تکون هی متحققة، و الاجارة المقارنة مقتضیة لعدم التبعیة، فلا تزاحم بینهما.

و علیه فالاظهر صحتهما معا، و انتقال العین مسلوبة المنفعة فی مدة الاجارة الی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۷۴

و لا بالموت

المشتری، و انتقال المنفعة فی المدة الخاصة الی المستأجر. و الظاهر- کما مر- ثبوت الخیار للمشتری، فله ان یفسخ البیع و له ابقائه.

عدم بطلان الاجارة بالموت

الثالثة: و فی بطلان الاجارة بموت المؤجر او المستأجر اقوال:

۱- انها لا تبطل بالموت مطلقا، اختاره المصنف، و فی المسالک: و علیه المتأخرون اجمع، و نسب الی جملة من القدماء کالسید المرتضی و القدیمین.

۲- بطلانها بالموت مطلقا، و هو المحکی عن الشیخین فی المقنعة و النهایة و الخلاف، و الدیلمی و بنی حمزة و زهرة و البراج، و فی الشرائع نسبه الی المشهور، و عن الغنیة و الخلاف الاجماع علیه.

۳- انها تبطل بموت المستأجر، و لا تبطل بموت المؤجر، اختاره الشیخ فی بعض کتبه و ابن طاوس، و فی محکی المختلف عن ابن البراج نسبته الی اکثر اصحابنا.

۴- عکس القول الثالث، نسبه المصنف ره فی محکی التذکرة الی بعض علمائنا. و الظاهر ان منشأ ذلک نص المرتضی و ابن الجنید علی عدم البطلان بموت المستأجر، و حیث انه لا یدل علی قولهما بالبطلان بموت المؤجر، فما افاده الشهید من ان هذا القول غیر موجود بین اصحابنا متین.

و تنقیح القول فی المقام بالبحث فی موردین:

الاول: فیما تقتضیه القواعد.

الثانی: فیما یقتضیه النص الخاص.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۷۵

[...]

اما الاول، فقد استدل لبطلانها بموت المؤجر بوجوه:

۱- ان مالک العین له تملیک منافعها ما دامت هی مملوکة له، و لذا لو تلفت العین بعد الاجارة تنفسخ الاجارة من حین تلف العین، فاذا خرجت العین من ملکه بالموت و انتقلت الی الورثة لما کانت المنافع باقیة علی ملکه، اذ بانتقال العین تنتقل المنافع، و علیه فتنفسخ الاجارة.

و فیه: ما مر من ان ذلک یتمّ مع عدم کون المالک مالکا للمنافع ما دام بقاء العین، و قد عرفت فساده و انه مالک لمنافعها المرسلة غیر المحدودة بزمان، و حینئذ فحیث انه بنفسه ملک المنافع فینتقل العین مسلوبة المنفعة فی تلک المدة الی الورثة، نظیر ما لو باع المالک العین المستأجرة.

۲- ان مضی زمان الاجارة جزء من المقتضی او شرط لتأثیر العقد، و لذا تبطل بتلف العین و لو بعد القبض، فاذا مات المؤجر بطلت الاجارة، اذ مع مصادفة متمم السبب للموت لا معنی للتأثیر، کالموت قبل القبض فی الصرف.

و فیه: انه لا دلیل علی کون ذلک جزء من المقتضی او شرطا لتأثیره، و بطلان الاجارة بالتلف انما هو لعدم المنفعة لا لنقص السبب، و العمومات و الاصل یقتضیان عدم اعتبار ذلک.

۳- ما عن الغنیة و الخلاف، و هو ان المستأجر رضی علی ان یستوفی المنفعة من ملک المؤجر.

و فیه: انه ان ارید به ایقاع الاجارة علی ما هو مملوک للمؤجر، فهو مسلم الا ان المؤجر حین الاجارة مالک للمنفعة المرسلة. و ان ارید به ایقاعها علی الانتفاع بالعین التی هی مملوکة للمؤجر حین الاستیفاء، فهو غیر تام، اذ لا تعتبر ملکیة المؤجر للعین حین حدوثها فضلا عن ملکیته ایاها بقاء، أ لا تری انه تصح اجارة المستأجر

]...[

من شخص ثالث بلا شبهة و لا خلاف فیه فی الجملة.

و قد استدل للبطلان بموت المستأجر بوجهین:

احدهما: الوجه الثانی من الوجوه التی استدل بها علی البطلان بموت المؤجر، و قد عرفت ما فیه.

ثانیهما: ان الاجرة تتعذر بموت المستأجر، لکونه المطالب بها.

و فیه: انها تثبت فی ذمته، فتخرج من ترکته بعد موته کسائر دیونه. فالاظهر بحسب القواعد الصحة فی الصورتین.

و أما من حیث النص الخاص، ففی المقام خبر واحد استدل به کل من القائلین بالصحة و البطلان علی ما ذهب الیه، و هو موثق ابراهیم بن محمد الهمدانی: کتبت الی ابی الحسن علیه السلام و سألته عن امرأة آجرت ضیعتها عشر سنین علی ان تعطی الاجرة الاجارة خ ل فی کل سنة عند انقضائها، لا یقدم لها شیء من الاجرة الاجارة خ ل ما لم یمض الوقت، فماتت قبل ثلاث سنین او بعدها، هل یجب علی ورثتها انفاذ الاجارة الی الوقت، ام تکون الاجارة منقضیة منتقضة خ ل بموت المرأة؟ فکتب علیه السلام: ان کان لها وقت مسمی لم یبلغ فماتت فلورثتها تلک الاجارة، فان لم تبلغ ذلک الوقت و بلغت ثلثه او نصفه او شیئا منه فتعطی ورثتها بقدر ما بلغت من ذلک الوقت ان شاء اللّه تعالی «۱».

فعن جماعة منهم المجلسی ره و سید الریاض و صاحب مفتاح الکرامة و الشیخ الاعظم ان الظاهر من الخبر بطلان الاجارة بموت المؤجر. و عن المحقق الاردبیلی و العلامة الطباطبائی ظهوره فی الصحة، بل ادعی الاول صراحته فیها.

---

(۱) الوسائل باب ۲۵ من ابواب احکام الاجارة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۷۷
[...]

اما الاولون فقد ذکروا فی تقریب دلالته علی البطلان وجهین:

احدهما: ان المراد بالوقت فی السؤال و الجواب هو الانجم المضروبة للاجرة، و ان المراد ب: لم تبلغ، لم تبلغ الاجرة للمرأة، فالمعنی ان المرأة ان ماتت بعد ادراک الانجم المضروبة قبل اخذ الاجرة فلورثتها تلک الاجرة. و المراد بالشرطیة الثانیة: فان لم تبلغ ذلک الوقت و بلغت ... الخ، انها ماتت فی اثناء الاجل المضروب قبل اخذ الاجرة. و بقوله: فتعطی ورثتها ... الخ، استحقاق الورثة بالماضی دون المستقبل و لازم ذلک هو الفساد.

ثانیهما: ان المراد بالوقت مدة اصل الاجارة، بقرینة الانفاذ و الانقضاء او الانتقاض علی اختلاف النسخ. و المراد بالشرطیة الاولی عدم بلوغ شیء من مدة الاجارة، بان یکون زمان العقد منفصلا عن زمان المنفعة المملوکة بالعقد. و بقوله: فلورثتها تلک الاجارة، ان امرها بید الورثة ردا و امضاء. و بقوله فی الثانیة: فتعطی ورثتها، ان الورثة یستحقون من المرأة ما بلغت المرأة من النصف او الثلث دون باقی مدة الاجارة.

و أما القائلون بدلالته علی الصحة فلهم ایضاً تقریبان:

احدهما: ان المراد بالوقت مدة الاجارة، و بالشرطیتین عدم البلوغ رأساً، و عدم البلوغ بتمامه. و بقوله: فلورثتها تلک الاجارة، قیام الورثة مقام مورثهم بان تکون اللام للاختصاص. و بقوله: فتعطی ورثتها، هو دفع الاجرة بالنسبة الی المنفعة الماضیة لا استحقاق هذا المقدار من الاجرة، بل استحقاق فعلیة الدفع بالمقدار المزبور. فالشرطیة الاولی ظاهرة فی الصحة، و الثانیة غیر منافیة لها.

الثانی: حمل الشرطیتین علی الاجمال و التفصیل، لا عدم البلوغ تماما او رأسا.

و الحق ان یقال: انه لا إشکال فی ان المراد بالوقت المدة المضروبة لدفع

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۷۸
[...]

الاجرة، فان قوله فی آخر السؤال: هل یجب علی ورثتها انفاذ الاجارة الی الوقت، و ان کان قابلا للحمل علی ذلک، و للحمل علی ارادة مدة الاجارة، الا ان قوله فی صدر الخبر: ما لم یمض الوقت، صریح فیما ذکرناه و هو قرینة علیه. و حاصل السؤال حینئذ: انه اذا کانت مدة الاجارة باقیة، هل یجب علی الورثة انفاذ الاجارة بما لها من الخصوصیة و هی دفع الاجرة فی الوقت المضروب، او انها لا تکون لازمة مع هذه الخصوصیة و یسقط الوقت عن الوقتیة فکانه لا إجارة بهذه الخصوصیة، بتوهم حلول الدین بموت الدائن کحلوله بموت المدیون، فالمراد بالوقت فی الجواب ایضاً ذلک لیتطابق السؤال و الجواب.

فیکون حاصل الشرطیة الاولی انه ان لم تبلغ المرأة من الوقت بان ماتت فی اول السنة فلورثتها ذلک، ای تکون الورثة قائمة مقام المورث. و حاصل الشرطیة الثانیة أنه ان بلغت المرأة ثلث الوقت او نصفه او شیئا منه یستحق الورثة الدفع بذلک المقدار، و لا ینافی ذلک بقاء الاجارة. فالخبر یدل علی الصحة، و ان ابیت عن ذلک فلا اقل من الاجمال، و علی التقدیرین لا یکون منافیا و مخصصا للعمومات و القواعد.

فالمتحصل من مجموع ما ذکرناه ان الاظهر ان الاجارة لا تبطل بموت المؤجر و لا بموت المستأجر.

ثمّ ان الشهید الثانی بعد اختیاره عدم البطلان بالموت مطلقا، قال فی المسالک: نعم، یستثنی منه مواضع تبطل فیها الاجارة بالموت:

احدها: ما لو شرط علی المستأجر استیفاء المنفعة بنفسه، فانها تبطل بموته.

و ثانیها: ان یکون المؤجر موقوفا علیه فیؤجر ثمّ یموت قبل انتهاء المدهٔ، فانها تبطل بموته ایضاً الا ان یکون ناظرا الی الوقف فآجره لمصلحهٔ العین بالنسبهٔ الی البطون او الی الجمیع فلا تبطل بموته، لکن الصحهٔ حینئذ لیست من حیث انه موقوف

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۷۹

]...[

علیه، بل من حیث انه ناظر.

و ثالثها: الموصی له بالمنفعهٔ مدهٔ حیاته، لو آجرها مدهٔ و مات فی اثنائها فانها تبطل ایضاً، لانتهاء استحقاقه، انتهی. و قد سبقه الی ذلک غیره و لحقه جماعهٔ.

و لکن الحق ان یقال فی الموضع الاول: انه تارهٔ تقع الاجارهٔ علی عمله المخصوص، و اخری علی العمل الکلی فی ذمته و یشترط علیه ادائه بنفسه، و ما ذکروه یتمّ فی الاول و لا- یتمّ فی الثانی، فان غایته تعذّر الشرط و هو یوجب الخیار لا الانفساخ، هذا فی استئجار الشخص علی عمل. و کذا لو آجره داراً و شرط استیفائه المنفعهٔ بنفسه، فان کان متعلق الاجارهٔ المنفعهٔ التی یستوفیها المستأجر انفسخت، و ان کان متعلق الاجارهٔ مطلق المنفعهٔ غایهٔ الامر اشترط علیه ان یستوفاها بنفسه ثبت الخیار.

ثمّ ان الوجهین فی الفرضین انما هما فی موت احدهما، و هو المؤجر فی الاول و المستأجر فی الثانی. و اما الطرف الآخر، الفرض الثانی لا- یثبت الخیار بموته و لا- تنفسخ الاجارهٔ، و فی الاول الظاهر جریان الوجهین فیه ایضاً، فانه ان کانت الاجارهٔ علی العمل له انفسخت بموته، و ان کانت علی العمل نفسه و اشترط کونه له ثبت الخیار، فتدبر حتی لا- تبادر بالاشکال. نعم، ما ذکروه فی الموضعین الآخرین تام.

و فی جریان الخیارات فی الاجارهٔ کلام ذکرناه فی مبحث الخیارات، و اجماله: ان ما کان من الخیارات ثابتا بدلیل خاص مختص بالبیع کخیار المجلس- لا یجری فیها، و ما کان ثابتا فیه بمقتضی الشرط الضمنی- کخیار الغبن و العیب و ما شاکل- یثبت فیها ایضاً. و فی تلک الخیارات الاحکام الخاصهٔ الثابتهٔ فی البیع للنصوص کجواز اخذ الارش فی خیار العیب ایضاً لا تثبت فیها کما لا یخفی.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۸۰

و المستأجر أمین یضمن مع التعدی

المستأجر أمین لا یضمن الا مع التعدی

الرابعهٔ: و المستأجر أمین، و العین المستأجرهٔ أمانهٔ فی یده لا یضمن تلفها او تعیبها الا مع التعدی او التفریط، بلا خلاف اجده بل علیه الاجماع فی الغنیهٔ، کذا فی الریاض. فان العین المستأجرهٔ امانهٔ فی ید المستأجر، و الاصل فی الامین عدم الضمان الا مع التعدی و التفریط، لانصراف دلیل الضمان و هو قاعدهٔ علی الید «۱» عن مورد الامانهٔ، و للاصل المستفاد من السنّهٔ فی عدهٔ مقامات، و الاجماع، اضف الی تلکم النصوص المستفیضهٔ، فانها دالهٔ علی الضمان مع التفریط او التعدی، و عدم الضمان بدونهما:

لاحظ صحیح علی بن جعفر عن اخیه علیه السلام عن رجل استأجر دابهٔ فاعطاها غیره فنفقت، ما علیه؟ قال علیه السلام: ان شرط ان لا یرکبها غیره فهو ضامن لها، و ان لم یسم فلیس علیه شیء «۲».

و صحیح الحلبی عن الامام الصادق علیه السلام عن رجل تکاری دابته الی مکان معلوم فنفقت الدابهٔ، قال علیه السلام: ان کان جاز الشرط فهو ضامن، و ان دخل وادیا لم یوثقها فهو ضامن، و ان سقطت فی بئر فهو ضامن لانه لم یستوثق منها «۳» الی غیر ذلک من النصوص الدالهٔ علی الحکمین.

و صحیح الحلبی و ان لم یکن کصحیح علی دالّا علی الحکمین بالمنطوق، الا انه

---

(١) سنن البیهقی ج ۶- ص ٩٠- کنز العمال ج ۵ ص ٢۵٧ الرقم ۵١٩٧.

(٢) الوسائل باب ١۶- من ابواب احکام الاجارة.

(٣) الوسائل باب ١٧- من ابواب احکام الاجارة حدیث ٣.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٨١

]...[

بالمفهوم المستفاد من الشرط، و التعلیل یدل علی عدم الضمان بدون التعدی او التفریط، و بالمنطوق یدل علی الضمان مع احدهما.

و ایضا یدل علی الضمان مع التعدی أو التفریط صحیح ابی ولاد عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی المتعدی فی البغل الذی اکتراه، و فیه فقلت: أ رأیت لو عطب البغل و نفق أ لیس کان یلزمنی؟ قال علیه السلام: نعم، قیمة بغل یوم خالفته. قلت: فان اصاب البغل کسر أو دبر أو عقر؟ فقال علیه السلام: علیک قیمة ما بین الصحة و العیب یوم تردّه علیه «١» الحدیث.

و تمام الکلام بالبحث فی جهات:

الاولی: اذا کانت الاجارة فاسدة، فهل یضمن المستأجر العین المستأجرة ام لا؟ ربما ینسب الی المشهور الضمان، و لذلک عدّ هذا المورد من موارد النقض علی قاعدة: ما لا یضمن بصحیحة لا یضمن بفاسده.

و الاظهر هو عدم الضمان، و ذلک لانه فی الموارد التی لا یتوقف استیفاء المنفعة علی تسلیط المستأجر علی العین کالدابة، حیث انه لا یتوقف استیفاء المنفعة منها- و هی الرکوب- علی استیلائه لامکان کون المالک هو السائق، لا شبهة فی عدم الضمان، اذا بعد ما لا ملزم بالتسلیط یکون التسلیط عن الرضا، فتکون العین امانة مالکیة اذ لا حقیقة للاستیمان المالکی الا التسلیط عن الرضا.

و اما فی الموارد التی یکون استیفاء المنفعة متوقفا علی التسلیط، فان کان رضا المالک بذلک الحادث قبل العقد باقیا الی حین التسلیم کما هو الغالب، فلا اشکال ایضاً فی عدم الضمان من جهة الامانة المالکیة. و ان لم یکن باقیا، فیمکن ان یوجه عدم

---

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب احکام الاجارة حدیث ١.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٨٢

]...[

الضمان بان المتعاملین حین العقد متبانیان علی عدم ضمان العین، لکون الاجارة مبنیة علی عدم الضمان، و مع هذا التبانی و اسقاط المالک احترام ماله لا تکون العین مشمولة لحدیث الید، لانه منصرف عن هذه الموارد، فاذاً لا دلیل علی الضمان و الاصل عدمه، بل یمکن الاستدلال له ببناء العقلاء علی ذلک.

و قد استدل للضمان بوجهین:

الاول: ان دفع المؤجر للعین انما هو للبناء علی استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع فیه، و المفروض عدم الاستحقاق، فیده ید عدوان موجبة للضمان.

و فیه: ما عرفت من انه فی بعض الموارد تکون یده ید امانیة لا عدوانیة، و فی بعضها الآخر لا تقتضی الضمان، لانصراف حدیث الید و بناء العقلاء، و بذلک ظهر الجواب عن الوجه الثانی، و هو معارضة القاعدة هنا بقاعدة الید. فالاظهر عدم الضمان الا مع التعدی او

التفریط کما فی الاجارة الصحیحة.

الثانیة:

لا فرق فی عدم الضمان فی الاجارة بین مدة الاجارة و بعدها

، ما لم یقصر فی ردّ المال الی صاحبه، لبقاء الامانة المقتضیة لعدم الضمان، و بالجملة وجه عدم الضمان فی الاجارة لیس کون الاجارة مقتضیة لذلک بل هو الاستیمان، و فی ذلک لا فرق بین مدة الاجارة و بعدها.

شرط الضمان فی العین المستأجرة

الثالثة: لو شرط الضمان فی عقد الاجارة من غیر التعدی و التفریط، فالمشهور بین الاصحاب بطلان الشرط، و فی الجواهر: بل فی جامع المقاصد باطل قطعا، بل لم أجد فیه خلافا الا ما یحکی عن الاردبیلی و الخراسانی من المیل الی الصحة، و تبعهما

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۸۳

]...[

فی الریاض، انتهی.

و قد استدل لفساد الشرط فی مقابل عموم: المسلمون عند شروطهم «۱» بوجوه:

۱- انه یعارض ذلک الاخبار الدالة بالمنطوق او المفهوم علی عدم الضمان «۲» و النسبة عموم من وجه، و تقدم تلک الاخبار لموافقتها للشهرة التی هی اول المرجحات.

و فیه: ما حقق فی محله من ان ادلة العناوین الثانویة مقدمة علی ادلة العناوین الاولیة، اما بالحکومة، او التوفیق العرفی، او غیرهما.

۲- ما افاده صاحب الجواهر ره، و هو ان الشرط لا یکون شارعا، بل هو نظیر النذر و العهد، یوجب وجوب ما هو مشروع فی نفسه.

و فیه: ان الضمان وجوداً او عدما مما یکون قابلا للتسبب الیه، کما یظهر من التزام الفقهاء بشرط الضمان فی العاریة، فهو من قبیل الغایات التی لم یعلم اناطتها باسباب خاصة، نظیر الخیار و ملکیة حمل الجاریة و مال العبد التی اتفقت النصوص و الفتاوی علی جواز اشتراطها، و علی الجملة ان مقتضی عموم دلیل الشرط صحة اشتراط الغایات التی لم یعلم اناطتها باسباب خاصة، کاشتراط الخیار و سقوطه و حمل الجاریة و مال العبد و ما شاکل، و قد استدل الامام علیه السلام بهذا العموم فی موارد کلها من هذا القبیل. و تمام الکلام فی محله.

۳- ما افاده صاحب الجواهر ره ایضاً، و هو ان الشرط مناف لمقتضی الامانة الآبیة عن التضمین.

و فیه: ان التأمین فی المقام لا یکون عقدیا بل هو خارجی، من جهة تسلیط

---

(۱) الوسائل باب ۶- من ابواب الخیار- کتاب التجارة.

(۲) الوسائل باب ۱۶ و ۱۷- من ابواب احکام الاجارة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۸۴

]...[

المالک للغیر علی ماله برضاه، و من الواضح ان التسلیط الخارجی یوجب التأمین اذا تجرد عن التضمین، و الا فلا یکون تأمیناً.

۴- ان الشرط مخالف لمقتضی العقد.

و فیه: ان مدلول عقد الاجارة و مقتضاه تملیک المنفعة بالاجرة، و هذا المعنی لا اقتضاء فیه بالنسبة الی الضمان و عدمه.

۵- انه شرط مخالف للکتاب و السنة، لما دل من النصوص علی انه لا ضمان علی الامین «۱».

و فیه: انه لا شبهة فی ان الشرط یغیّر الحکم، و یوجب تحقق شیء لم یکن او عدم ما کان، و لو کان المراد بالمخالفة للکتاب و السنة هذا المعنی العام لزم عدم صحة الشرط مطلقا، فالمراد بالمخالفة هو کون الشرط مخالفا لحکم غیر قابل للتغیر و هو الاحکام اللزومیة و غیر اللزومی اذا کان عن اقتضاء، و اما غیر اللزومی لعدم الاقتضاء فمخالفة الشرط له لا توجب بطلانه. و عدم الضمان فی المقام اما ان یکون محرزا عدم کونه اقتضائیا، من جهة ان المرتکز عند العقلاء ان خروج ید الامین عن تحت عموم علی الید من باب التخصیص، فیکون عدم الضمان لعدم المقتضی. او یکون ذلک مشکوکا فیه، فیرجع الی استصحاب عدم المخالفة ازلا، بناء علی ما هو الحق من جریان استصحاب العدم الازلی. و یقال: ان قبل جعل هذا الحکم لم یکن حکم و لا شرط و لا مخالفة، و بعد انقلاب عدم الحکم الیه و عدم الشرط الی نقیضه یشک فی تبدل عنوان عدم المخالفة الیها، و الاصل یقتضی العدم، و بذلک یحرز خروجه عن تحت المخصص، و بقائه تحت عموم: المسلمون عند شروطهم. فتحصل ان الاظهر صحة الشرط و ثبوت الضمان معه.

---

(۱) الوسائل باب ۴ من ابواب احکام الودیعة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۸۵

]...[

لزوم التعجیل فی التسلیم

اشارة

الخامسة: لا خلاف و لا إشکال فی ان الاجیر یملک الاجرة بنفس العقد، لان ذلک مقتضی صحة المعاوضة الموجبة لانتقال کل من العوضین الی الآخر، بعد عدم اشتراطه شرعا بشیء، کالقبض فی بیع الصرف و السلم. و ما ینسب الی المصنف انه فرق فی القواعد بین شرط التأجیل و عدمه، لا منشأ له الا تعبیره باستقرار الاجرة، و لا شهادة له علی ذلک کما لا یخفی.

و المعروف بینهم انه لا یجب تسلیم کل من العوضین الا مع تسلیم الآخر، و الظاهر ان منشأ ذلک- مع ان مقتضی عموم تسلط الناس علی اموالهم «۱» لزوم تسلیم کل منهما مال الآخر و ان امتنع ذلک عن التسلیم، فان سلطان الغیر علی الامتناع مع مطالبة المالک مناف لسلطنة مالکه، و ظلم احد و معصیته لما یجب علیه لا یوجب جواز ظلم الآخر و معصیته- الالتزام الضمنی بالتسلیم بازاء التسلیم الذی علیه بناء المتعاقدین بما هما من العقلاء، فیکون ذلک مشمولا لدلیل الشرط علی ما حرر فی محله، فجواز الامتناع عن التسلیم مع امتناع الآخر عنه انما یکون من جهة الشرط الضمنی. و یترتب علی ذلک انه لو اشترط التأجیل فی احدهما حیث انه لا التزام ضمنی بما ذکر، یجب علی الآخر تسلیم ما عنده، لعموم دلیل السلطنة.

ثمّ إنّ لظاهر ان تسلیم العمل انما هو بایجاده، و تسلیم المنفعة بتسلیم العین المستأجرة، فلا یجب تسلیم الاجرة الا مع تسلیم العین المستأجرة او العمل، الا ان یکون هناک عادة او انصراف یقتضی التعجیل، و إلی ذلک یشیر ما فی الخبر فی

(۱) البحار ج ۱- ص ۱۵۴- الطبع القدیم و ج ۲- ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج‌۱۹، ص: ۸۶

و اطلاق العقد یقتضی تعجیل الاجرة

الجمّال و الاجیر لا یجف عرقه حتی تعطیه اجرته «۱» و قریب منه غیره، اذ فیه نوع اشعار بعدم لزوم دفع الاجرة قبل العمل.

و قد ظهر مما ذکرناه انه لو لم یشترط التأجیل فی دفع الاجرة، کان مقتضی اطلاق العقد تعجیلها، بمعنی استحقاق المؤجر للاجرة حالا، و هذا هو مراد المصنف ره حیث قال: و اطلاق العقد یقتضی تعجیل الاجرة، لا انه یجب تسلیمها و ان لم یسلم الآخر المنفعة او العمل، و لا انه یجب تسلیمها و ان لم یطالب مالکها، فانه لا دلیل علی ذلک. فان دلیل وجوب التسلیم، اما قاعدة السلطنة او الالتزام الضمنی، و شیء منهما لا یقتضی وجوب التسلیم بدون المطالبة. اما القاعدة فلان مقتضی سلطنة الانسان علی ماله عدم سلطان الغیر علی الامتناع مع المطالبة، فانه المنافی و المزاحم لسلطنته دون عدم التسلیم بدون المطالبة. و اما استحقاق التسلیم بالالتزام الضمنی، فهو لا یقتضی اداء الحق الا عند المطالبة.

ثمّ انه لا خلاف بینهم فی صحة شرط التأجیل و لزومه بشرط ان یکون الاجل معلوماً. اما صحة الشرط، فلأنها مقتضی عموم: المسلمون عند شروطهم «۲». و دعوی انه شرط مخالف للمشروع لوجوب رد المال الی صاحبه لو طالب، مندفعة بان هذا وجوب حقی کما یظهر من صحة التأجیل فی البیع، فلا مانع من اشتراطه.

و أما اعتبار کون الاجل معلوماً، فلانه یلزم من الجهل به الغرر، و قد مر انه موجب لبطلان العقود و الایقاعات و منها الشرط، و حیث ان المختار ان الشرط الفاسد لا یوجب فساد العقد، فلو شرط التأجیل بالاجل غیر المعلوم لم یفسد الاجارة.

(۱) الوسائل باب ۴ من ابواب احکام الاجارة حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۶ من ابواب الخیار کتاب التجارة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج‌۱۹، ص: ۸۷

و لو شرط دفعها نجوما معینة او بعد المدة صح

و دعوی انه تسری الجهالة من الشرط الی العقد، فیکون العقد غرریاً فیفسد من ناحیة غرریته، مندفعة بان حقیقة الشرط هو الالتزام فی ضمن الالتزام، لا تقیید متعلق العقد و ورود العقد علی المقید.

و مما ذکرناه ظهر انه لا فرق فی صورة التأجیل بین ما لو شرط دفعها نجوما معینة او بعد المدة المعلومة، و انه صح الشرط فی الموردین.

فروع

بقی فی المقام فروع:

۱- قد عرفت انه یجب تسلیم الاجرة فی الاجارة علی العمل بعد تسلیم العمل، و لیس معنی ذلک ان للمستأجر ان یمتنع عن دفع الاجرة قبل العمل و لیس للمؤجر التعرض له، فان مدرک ذلک انما هو الالتزام الضمنی کما عرفت، و هو کما یقتضی عدم تسلیم

الاجرة قبل تسلیم العمل، کذلک یقتضی عدم لزوم العمل قبل ان یطمئن تسلیم الاجرة بعد العمل، و علیه فاذا لم یطمئن بذلک له الاستیثاق و لو بوضع الاجرة علی ید ثالث کما لا یخفی.

۲- لا فرق فی عدم استحقاق تسلیم الاجرة قبل تسلیم العمل بین عمل لا یتوقف علی بذل المال، و بین ما یتوقف علیه کالحج، فان مدرک کون التسلیم معاوضیاً فیهما واحد. بل قیل انه لو فرض عدم تمکن الاجیر من ایجاد العمل الا باخذ الاجرة- لفرض عدم مال له و عدم تمکنه من تحصیله- کانت الاجارة باطلة، لان العمل علی الفرض غیر مقدور له الا بالخلف المحال، و هو استحقاق الاجرة قبل العمل، مع انه لا یستحقها قبله.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۸۸

]...[

۳- هل یستحق الاجیر بعض الاجرة ببعض العمل المستأجر علیه اذا کان قابلًا لتقسیط الاجرة علیه- کصلاة سنة مثلًا- ام لا؟.

و الحق ان یقال: انه بعد ما عرفت من ان مقتضی العقد هو مالکیة کل من الطرفین لما انتقل الیه، و مقتضی تسلط الناس علی اموالهم «۱» ان له المطالبة بتسلیمه و لو امتنع عن تسلیم ما عنده، و انما التزمنا بان لکل منهما الامتناع عن التسلیم ما لم یسلم الآخر من جهة الضمنی الذی علیه بناء العقلاء.

و علیه فدعوی ان العقد لا یستقل بالتحصل، بل متقوم بمتعلقه و هو کون شیء ملکاً بعوض، فمع تعدد المتعلق یستحیل وحدة العقد، اجنبیة عن المقام، بل المدار فی المقام علی ملاحظة الالتزام الضمنی، فانه یمکن ان یکون بتسلیم کل جزء بازاء تسلیم ما یقابله من العوض، و یمکن ان یکون بتسلیم الجمیع بازاء الجمیع، فعلی الاول یستحق الاجیر بعض الاجرة ببعض العمل، و علی الثانی لا یستحق، فان احرز احدهما فلا کلام، و الا فمقتضی القاعدة البناء علی الاستحقاق الذی هو مقتضی قاعدة السلطنة، و وجود المانع عنه و المقید له غیر محرز، و الاصل عدمه.

۴- اذا کانت الاجرة ایضاً عملًا، فهل یکون الاجیر غیر مستحق لها الا بعد عمل نفسه، نظراً الی ان حکم الاجرة بما هی استحقاق تسلیمها بعد العمل، او یکون الاجیر کالمستأجر، نظراً الی ان لزوم البدأة به من جهة کونه عملًا لا من جهة کونه اجرة، و هذه الجهة مشترکة بینهما؟ و علیه فحیث لا مرجح و لا مخصص لأحد العملین، و لا معنی للتخییر بین شیئین لشخصین، فیرجع الی القرعة أو یتساقطان فیجب تسلیمهما معاً علی وجه المقارنة، او ان البدأة لیست لکونه اجرة و لا لکونه عملًا، بل

---

(۱) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۸۹

و للمستأجر ان یؤجر بأکثر أو اقل ان لم یشترط علیه المباشرة

انما هو مقتضی الالتزام الضمنی، و مقتضاه فی الفرض التقارن فی العمل؟ وجوه و اقوال، اظهرها الاخیر کما لا یخفی.

الاستئجار من المستأجر

اشارة

السادسهٔ: قالوا: و للمستأجر ان یؤجر العین المستأجرهٔ بأکثر مما استأجر، او بالمساوی، او اقل ان لم یشترط علیه المباشرهٔ. و تمام الکلام فی هذه المسألهٔ بالبحث فی جهات:

١- لا- إشکال فی جواز اجارهٔ المستأجر من المؤجر و غیره، فانه بالاجارهٔ تملک المنفعهٔ فله ان یملکها بالغیر، و لیست الاجارهٔ الا تملیک المنفعهٔ کما مر، فیشمله عموم ما دل علی صحهٔ الاجارهٔ و لزومها، مضافا الی النصوص المستفیضهٔ او المتواترهٔ الواردهٔ فی الارض و الدابهٔ و السفینهٔ التی یأتی شطر منها فی مسألهٔ الاجارهٔ بالاکثر.

٢- انه هل للمستأجر الاول تسلیم العین المستأجرهٔ الی المستأجر الثانی من دون اذن المالک کما عن المختلف و غایهٔ المراد و الحواشی و المسالک و مجمع البرهان و المفاتیح و الریاض، ام لیس له ذلک کما عن النهایهٔ و السرائر و القواعد و جامع المقاصد؟.

الظاهر هو الاول، و ذلک لان ذلک لازم الاجارهٔ لفرض توقف استیفاء المنفعهٔ علی التسلیم، و بعبارهٔ اخری ان مقتضی اطلاق الاجارهٔ الاولی من حیث الاستیفاء الذی هو مفروض فی المورد، اطلاقها من حیث الاستیلاء المتوقف علیه الاستیفاء، و إلی هذا یرجع ما قیل ان الاذن فی الشیء اذن فی لازمه.

و به یندفع ما استدل به للقول الثانی، بان العین امانهٔ لم یأذن له المالک فی

]...[

تسلیمها الی الغیر، لان الاذن للاول فی التصرف فیها انما هو من مقتضیات الاجارهٔ الاولی، و حیث انها مطلقهٔ فمقتضاه الاذن فی تسلیمها الی من انتقلت الیه المنفعهٔ ثانیا.

و یمکن ان یستدل له بالنصوص «١» الواردهٔ فی اجارهٔ الارض و غیرها بمساوی الاجرهٔ او بالاقل المصرحهٔ بالجواز، من دون تعرض فیها لشبههٔ عدم جواز التسلیم. و حملها علی صورهٔ عدم الحاجهٔ فی استیفاء المنفعهٔ الی التسلیم، او صورهٔ اذن المالک، فیه خلاف المقطوع. فلا اشکال فی الجواز.

٣- علی فرض التسلیم، هل یکون المستأجر الاول ضامنا للعین ام لا؟ فان قلنا بانه لا یجوز له التسلیم، کان الضمان بمقتضی القاعدهٔ ظاهرا. و اما علی القول بجوازه- کما اخترناه- فقد یتوهم الضمان، من جههٔ ان جواز التسلیم بل وجوبه لا ینافی الضمان اذ المنافی له هو الائتمان، و وجوب التسلیم غیر وجوب التأمین، فمقتضی عموم قاعدهٔ علی الید «٢» الضمان.

و لکنه فاسد من جههٔ ان مدرک عدم ضمان العین فی الاجارهٔ الاولی لم یکن خصوص الائتمان، بل ذلک بضمیمهٔ ما التزما به فی ضمن عقد الاجارهٔ بعدم الضمان، و لذلک بنینا علی عدم الضمان حتی فی الاجارهٔ الفاسدهٔ، و اذا کانت الاجارهٔ الاولی مطلقهٔ کما هو المفروض کان البناء علی عدم الضمان و اسقاط المالک احترام ماله عاما، فقاعدهٔ علی الید لا تشمل المقام لانصرافها عنه کما هو واضح.

و یشهد لعدم الضمان- مضافا الی ذلک- صحیح علی بن جعفر عن اخیه علیه السلام عن رجل استأجر دابهٔ فاعطاها غیره، فنفقت ما علیه؟ قال علیه السلام: ان

---

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب احکام الاجارهٔ.

(٢) سنن البیهقی ج ۶- ص ٩٠.

]...[

کان شرط ان لا یرکبها غیره فهو ضامن لها، و ان لم یسم فلیس علیه شیء «۱».

و اورد علیه بان الصحیح انما یدل علی عدم الضمان من حیث الرکوب، لا عدمه من حیث التسلیم، بتقریب ان الشرطیة الاولی متضمنة لضمان المستأجر فی صورة الاشتراط من جهة مخالفة الشرط، فیده عادیة و ان لم یکن هناک تسلیم بل تمکن من الرکوب خاصة، و مورد النفی فی الثانیة هو مورد الاثبات فی الاولی.

و فیه: ان المفروض فی السؤال اعطاء الدابة و ظاهره تسلیمها الیه، فالمثبت هو الضمان فی ذلک الفرض و کذلک المنفی، و ظاهر المنفی هو نفی الضمان مطلقا لا نفیه من حیثیة خاصة.

اشتراط استیفاء المستأجر المنفعة بنفسه

۴- المشهور بین القائلین بصحة الاجارة من الغیر، تقییدها بما اذا لم یشترط المؤجر علیه استیفائه بنفسه، و نخبة القول فی المقام ان هاهنا صورا:

احداها: ما اذا کانت المنفعة التی یملکها مقیدة بالاستیفاء.

ثانیتها: ما لو کانت المنفعة المملکة مطلقة، و لکن اشترط علی المستأجر استیفاء المنفعة بنفسه علی نحو شرط الفعل.

ثالثتها: الصورة، و لکن الشرط علی نحو شرط النتیجة، و هو کونه محجورا عن جمیع التصرفات الا استیفاء المنفعة بنفسه.

اما الصورة الاولی، فعلی فرض معقولیتها لا إشکال فی انه لیس له ان

(۱) الوسائل باب ۱۶ من ابواب احکام الاجارة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۹۲

]...[

یستأجرها للغیر، اذ لا مملوک له حتی یملکه غیره.

و لکن قد یقال بعدم معقولیتها، نظرا الی ان منفعة الشیء عبارة عن الحیثیة القائمة به لاما هو قائم بالشخص، مثلا منفعة الدار لیست سکنی الدار بالمعنی القائم بالساکن، بل حیثیة مسکونیة الدار و قابلیتها لان یسکن فیها، و هذه الحیثیة لها نحوان من الوجود:

احدهما بالقوة، بنحو وجود المقبول بوجود القابل.

ثانیهما بالفعل، بفعلیة مضایفه القائم بالساکن.

و من الواضح ان المملوک بالاجارة لیس هو النحو الثانی، اذ مع عدم الاستیفاء رأساً لا مملوک، مع ان المنفعة تملک بالاجارة و ان لم تستوف، فلا محالة یکون المملوک بالاجارة النحو الاول، و ذلک جزئی بجزئیه ما بالفعل الذی یقوم به فلا معنی لتضییقه.

و لکن یرد علیه ان الموجود بالقوة غیر الموجود بالفعل، و الثانی لا یعقل فیه عدم التعین، و یعقل ذلک فی الاول. فحیثیة قابلیة الدار لان یسکن فیها و ان کانت جزئیة، الا انها بالقیاس الی سکنی زید و سکنی عمرو و هکذا تکون غیر متعینة، فتکون مسکونیة الدار بالقوة بالنسبة الی سکنی زید غیر مسکونیتها بالقیاس الی سکنی عمرو، و لهذه الجهة تکون قابلة للتقیید.

و أما الصورة الثانیة، فالمملوک فیها کلی لکن لا سلطان له الّا علی استیفائه بنفسه. و قبل بیان حکم هذه الصورة، لا بدّ و ان یعلم ان شرط الاستیفاء لا یراد به مباشرته بنفسه بحیث یکون الاستیفاء واجبا، بل المراد به ان لا یؤجر الدار و ان لا یتبرع بمنفعتها للغیر. فما فی

العروة من المقابلة بین شرط عدم اجارتها من غیره، و شرط استیفاء المنفعة بنفسه لنفسه، کما تری.

و کیف کان، فقد استدل للمنع عن استئجاره للغیر بوجوه:

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٩٣

]...[

الاول: ان الشرط یوجب حرمة الاجارة لوجوب الوفاء به، و حرمة الاجارة مستلزمة لفسادها.

و فیه: ما حققناه فی محله من ان الحرمة التکلیفیة غیر موجبة لفساد المعاملة.

الثانی: ما فی الجواهر: لا یجوز الاجارة حینئذ، عملا بقاعدة المؤمنون التی یتعذر الجمع بینها و بین الاجارة المفروضة، فیتعین بطلانها لسبق الخطاب بالاولی، انتهی.

و فیه: ان الذی یتعذر الجمع بینه و بین دلیل الشرط، هو جواز ایجاد الاجارة الثانیة تکلیفا لا جوازه وضعا. توضیح ذلک: انه لا إشکال فی ان بطلان الاجارة لا بدّ و ان یکون من جهة فقد قید من قیودها الوجودیة و العدمیة و الشرط لا یوجب ذلک، لعدم کونه موجبا لخلل فی احد ارکانها فتقع صحیحة، و بعد وقوعها کذلک لا یبقی محل لوجوب الوفاء بالشرط فیسقط، فدلیل الشرط لا یصلح مانعا عن دلیل صحة الاجارة، و دلیلها یوجب ارتفاع دلیل الشرط، فلا یلزم المحذور المشار الیه.

و ما نسب الی الشیخ الاعظم ره من ان اطلاق دلیل وجوب الوفاء بالشرط یشمل حتی بعد الاجارة الثانیة، و هو یکشف عن عدم نفوذ الاجارة و الا لم یکن محل للوفاء بالشرط، یرده: ان شمول اطلاق دلیله فرع بطلان الاجارة، اذ مع صحتها لا یبقی للعمل به مجال، و صحتها مستکشفة من اطلاق الادلة و عمومها.

فان قیل: انه یحتمل مانعیة الشرط عن الصحة فلا علم بارتفاع المحل.

قلنا: اولا: انه علی ذلک لا مجال للتمسک باطلاق دلیل الشرط، للشک فی بقاء موضوعه.

و ثانیا: انه یرتفع الاحتمال باطلاق الادلة و عمومها و الاصل.

الثالث: ان اشتراط الاستیفاء بنفسه، یوجب ثبوت حق للمؤجر فی ترک

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٩٤

]...[

الایجار، فالاجارة الثانیة منافیة لحق المؤجر، فیکون باطلا.

و فیه: ان الحق المتعلق بفعل أو ترکه- کحق البیع، و الفسخ، و ترک الاجارة، و ما شاکل- لا یوجب عدم صحة نقیضه، مثلا من کان له حق ترک الفسخ کان لمن له الخیار الفسخ وضعا و ینفسخ العقد به و ان کان آثما بذلک، إذ لا أثر لکونه حقا سوی ان له اسقاطه، و الا فحکمه حکم اللزوم التکلیفی. و ان شئت قلت: ان ثبوت حق للمؤجر فی ترک الاجارة، لا یستلزم سلب سلطنة المستأجر الوضعیة عنها، و معها تکون الاجارة الثانیة صحیحة.

الرابع: ان شرط الاستیفاء بنفسه، اما ان یرجع الی شرط ترک تسلیم المنفعة الی الغیر، او الی شرط عدم اسکان الغیر مثلا، فعلی الاول تبطل الاجارة لعدم القدرة علی التسلیم الذی قد عرفت اعتبارها فی الاجارة، و علی الثانی تبطل لحرمة المنفعة و قد مر ان اباحة المنفعة من شرائطها.

و فیه: اولا: انه قد لا یرجع الی شیء منهما، بل الغالب ذلک.

و ثانیا: ان حرمة التسلیم غیر عدم القدرة علیه تکوینا، و ما اشتهر من ان الممتنع شرعا کالممتنع عقلا، انما هو فیما یترتب علی غیر

المقـدور من حیث هو، و فی المقام لیس کـذلک، فانه تعتبر القـدرة دفعاً للغرر و الخطر، و لـذا لو کان التسـلیم غیر مقدور و لکن من انتقل الیه کان قادراً علی تسـلمه صح العقد، و علی فالحرمة حیث لا توجب عدم امکان حصول المنفعة فی ید المستأجر فلا یلزم الغرر فلا تکون مانعة عن الصـحة. و اما حرمة الاسـکان الذی هو فعل المؤجر الثانی، فهی غیر مستلزمة لحرمة سکنی المستأجر الثانی کما لا یخفی.

فالمتحصل مما ذکرناه صحة الاجارة الثانیة فی هذه الصورة.

و أما الصورة الثالثة، و هی ما لو شرط محجوریته عن التصرفات سوی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۹۵

[...]

الانتفاع بها بنفسه، فالظاهر بطلان الشـرط، لان المحجوریة لیست من الامور الاعتباریة التی یتسبب الیها باسبابها کالملکیة کی یقال ان منها الشرط.

فالمتحصل مما ذکرناه انه لو قیّـد المنفعـة باستیفائه بنفسه، بطلت الاجارة الثانیـة. و لو کانت المنفعـة مطلقـة و لکن اشترط علیه ذلک، صـح الشـرط و یجب ترک الاجـارة، الاـ انه ان خـالف و آجرها صـحت الاجارة. و ان اشترط علیه المحجوریـة عن التصـرفات الأخر، الشرط.

ثمّ انه فی مورد بطلان الاجارة الثانیة لا کلام، و اما فی مورد صـحتها فلا اشکال فی ان للمؤجر الاول خیار تخلف الشرط، فله ان یحل الاجارة الاولی، فاذا فسـخها فهل تنفسخ الاجارة الثانیة؟ الظاهر عدم الانفساخ، نظراً الی انها وقعت صحیحة لازمة، و الفسخ انما یوجب الحل من حینه، فاذا انفسـخت الاولی و المفروض انتقال المنفعـة بناقل لازم الی الثالث فیرجع بـدلها الی المؤجر الاول، کما فی صورة التلف الحقیقی قبل الفسخ، فعلی المستأجر الاول ان یرد اجرة مثل تلک المنفعة الی المؤجر، کانت اقل من المسماة او اکثر.

ایجار العین المستأجرة باکثر من العوض

۵- لاـ خلاف و لا إشـکال فی جواز ان یؤجر العین المسـتأجرة فیما یجوز له ذلک، باقل من ما اسـتأجر و بالمساوی له مطلقا ای شـیء کـان، لاطلاـق الادلـة، و للنصوص الخاصـة. کمـا لاـ کلاـم فی انه یجوز الاستئجار باکثر منه اذا احـدث فیها حـدثا، و النص و الفتوی متوافقان فیه، و سیأتی زیادة توضیح لذلک.

انما الکلام فی ایجارها باکثر منه من دون ان یحدث فیه حدثا: فعن جماعة من

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۹۶

[...]

القـدماء- کالسـیدین و الشـیخین و الصـدوقین و غیرهـم- المنـع عنـه، و فی الحـدائق نسـبته الی المشـهور بیـن القـدماء. و عن جمـاعة تخصیص المنع بالموارد التی تضمنتها النصوص، و الجواز بلا کراهیة فی غیرها. و عن جماعة الحکم بالکراهة مطلقا.

و تفصیل القول فی المقام: ان الموارد التی ورد المنع فیها خمسة: الدار، و الحانوت، و الرحی، و السفینة، و الارض.

امـا الاولیتان، فقـد ورد النص علی حرمـة فضل الاجرة فیهما بلا معارض، لاحظ حسن ابی الربیع الشامی عن ابی عبـد اللّه علیه السـلام عن الرجـل یتقبّـل الاـرض من الـدهاقین، ثمّ یؤاجرهـا بـاکثر مما تقبلها به و یقوم فیها بحظ السـلطان، فقال علیه السـلام: لا بأس به، ان

الارض لیست مثل الاجیر و لا مثل البیت، ان فضل الاجیر و البیت حرام «۱» و بمضمونه خبر ابراهیم بن میمون «۲».

و مصحح الحلبی عنه علیه السلام فی الدار: و لا یؤاجرها باکثر مما استأجرها به الا ان یحدث فیها شیئا «۳».

و حسن ابی المعزی عنه علیه السلام، قال علیه السلام فی الجواب عن السؤال المذکور فی خبر ابی الربیع: لا- بأس ان هذا لیس کالحانوت و لا الأجیر، ان فضل الحانوت و الاجیر حرام «۴».

و لا موهم لمعارضة هذه النصوص الّا النصوص المجوزة الواردة فی غیرهما بالغاء خصوصیة المورد، و حسن الحلبی عنه علیه السلام فی الرجل یستأجر الدار ثمّ

---

(۱) الوسائل باب ۲۰ من ابواب احکام الاجارة حدیث ۳.

(۲) الوسائل باب ۲۰ من ابواب احکام الاجارة حدیث ۵.

(۳) الوسائل باب ۲۲- من ابواب احکام الاجارة حدیث ۳.

(۴) الوسائل باب ۲۰ من ابواب احکام الاجارة حدیث ۴.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۹۷

[...]

یؤاجرها باکثر مما استأجرها، به قال علیه السلام: لا یصلح ذلک، الا ان یحدث فیها شیئاً «۱» بتقریب ظهور: لا یصلح، فی الکراهة. و لکن التعدی ممنوع سیما مع التصریح فی النصوص بالفرق، و لا یصلح غیر ظاهر فی الکراهة، غایته عدم الظهور فی الحرمة.

اما الرحی ففیها خبران، احدهما: موثق ابی بصیر عن الامام الصادق علیه السلام: انی لأکره ان استأجر رحی وحدها، ثمّ او اؤجرها باکثر مما استأجرتها به، الا ان یحدث فیها حدثا او یغرم فیها غرامة «۲». ثانیهما: صحیح سلیمان بن خالد «۳» و هو قریب من الاول. و الکراهة و ان لم تکن ظاهرة فی المصطلحة، لکنها غیر ظاهرة فی الحرمة، فالمتیقن مطلق المرجوحیة المساوقة للکراهة المصطلحة.

و أما السفینة، ففیها روایة واحدة، و هی ما رواه اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابیه علیهما السلام: لا بأس ان یستأجر الرجل الدار او الارض او السفینة، ثمّ یؤاجرها باکثر مما استأجرها به اذا اصلح فیها شیئا «۴» و هی بمفهوم الشرط تدل علی ثبوت البأس فی الثلاثة و هو ظاهر فی الحرمة، و حمله علی الکراهة بالنسبة الی الارض- بقرینة روایات اخر- لا یوجب حمله علیها بالنسبة الی السفینة التی لا معارض له فیها، و الّا لزم البناء علیها فی الدار ایضا، و یجعل هذه معارضة لما تقدم من النصوص. فما افاده المحقق الاصفهانی ره من حملها علی الکراهة بالنسبة الی السفینة، لا یلائم مع ما ذکره فی الدار من انه لا معارض لنصوص حرمة فضل الاجرة فیها.

---

(۱) الوسائل باب ۲۲ من ابواب احکام الاجارة حدیث ۴.

(۲) الوسائل باب ۲۲ من ابواب احکام الاجارة حدیث ۵.

(۳) الوسائل باب ۲۰- من ابواب احکام الاجارة حدیث ۱.

(۴) الوسائل باب ۲۲ من ابواب احکام الاجارة حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۹۸

[...]

و اما الارض ففیها طوائف من النصوص:

منها: ما یدل علی الجواز مطلقا، کحسنی ابی الربیع و ابی المعزی و خبر ابن میمون المتقدمة.
و منها: ما یدل علی عدم جواز اجارتها و جواز مزارعتها بالاکثر، کخبر الحلبی، قلت لابی عبد اللّه علیه السلام: اتقبّل الارض بالثلث او الربع فاقبلها بالنصف، قال علیه السلام: لا بأس به. قلت: فاتقبلها بالف درهم و اقبلها بالفین؟ قال علیه السلام: لا یجوز. قلت: لم؟ قال علیه السلام: لان هذا مضمون، و ذاک غیر مضمون «۱» و قریب منه موثق اسحاق بن عمار «۲». فان المعلوم عدم خصوصیة للدراهم و لا للذهب و الفضة الموجودین فی الموثق، سیما و قد علّل فیهما بان الذهب و الفضة مضمونان- او ان هذا مضمون- و ان لم نفهم العلّة.
و منها: ما یدل علی عدم جواز اجارتها و مزارعتها معا، کخبر الهاشمی «۳».
و لا یصح حمل الطائفة الاولی علی ما اذا احدث فیها شیئا بقرینة الطائفة الثالثة، لما نبه علیه فی الحدائق من انه علی هذا لا یبقی فرق بین الارض و بین الدار و الحانوت، فان حرمة الاجارة فیهما ایضاً مقیدة بان لا یحدث فیهما شیئا، و صریح الطائفة الاولی الفرق.
و به یظهر انه لا یصح حملها علی ارادة المزارعة منها نظرا الی انه یعبّر عنها بالاجارة کثیرا، و لا بتخصیص روایات المنع بما اذا کانت مضمونة فی الذمة او بالدراهم و الدنانیر.

---

(۱) الوسائل باب ۲۱ من ابواب احکام الاجارة حدیث ۱.
(۲) الوسائل باب ۲۱- من ابواب احکام الاجارة حدیث ۲.
(۳) الوسائل باب ۲۱ من ابواب احکام الاجارة حدیث ۳.
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۹۹
[...]

بل الجمع العرفی یقتضی حمل الثانیة علی الکراهة بقرینة الاولی، ثمّ الجمع بینها الصریحة فی الجواز فی المزارعة و بین الثالثة الظاهرة فی عدم الجواز فیها، یقتضی حمل المنع فی الثالثة علی مرتبة من الکراهة هی اخف من کراهة الاجارة.
فالمتحصل مما ذکرناه حرمة الاجارة بالاکثر ما لم یحدث شیئا فی الدار و الدکان و السفینة، و کراهتها فی الرحی و الارض.

اجارة بعض العین المستأجر بالاکثر

و لو استأجر نصف العین المستأجرة بالاکثر او المساوی، فهل یجوز ام لا، ام یفصل بین الموردین؟ الظاهر هو الثالث، لصحیح الحلبی- او حسنه- عن مولانا الصادق علیه السلام: لو ان رجلا استأجر دارا بعشرة دراهم، فسکن ثلثیها و آجر ثلثها بعشرة، لم یکن به بأس، و لا یؤاجرها باکثر مما استأجرها به الا ان یحدث فیها شیئا «۱» و نحوه خبر ابی الربیع «۲».
و معها لا یصغی الی ما قیل من انه لو استأجر بعضها بالمساوی، و ان لم یصدق الاجارة بالاکثر لکن یصدق الفضل علی الاجرة، لان انتفاعه بما عدا الحصة المستاجرة فضل، و المأخوذ فی جملة من نصوص المنع فضل الاجرة.
و لا الی ما قیل من ان اجرة نصف العین المستأجرة نصف اجرة تمامها، فلو

---

(۱) الوسائل باب ۲۲ من ابواب الاجارة حدیث ۳.
(۲) الوسائل باب ۲۰ من ابواب الاجارة حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۰۰

[...]

آجر النصف بالمساوی لزم منه الاجارة بالاکثر، اضف الی ذلک عدم تمامیتهما، فان المأخوذ فی بعض الاخبار فضل الاجرة لا الفضل علی الاجرة، و معلوم ان الانتفاع بما عـدا الحصة المسـتأجرة لا یکون من فضل الاجرة بل هو فضل علیها، و ایضاً ظاهر الاخبار ملاحظة الاجرة بنحو الوحدة کملاحظة الاجارة کذلک، لا تحلیل الاجارة الی اجارات و تقسیط الاجرة علی الحصص.

فان قیل: ان الضـمیر فی قوله علیه السـلام فی الخبرین: و لا یؤاجرها، یرجع الی الـدار لا إلی ثلثها، فلا یدل الخبران علی حکم الاجارة بالاکثر.

قلنا: اولا: ان الظاهر دلالة صدرهما بالمفهوم علیه.

و ثانیا: انه یثبت فیه ذلک بالاولویة، ففحوی ما دل علی حرمة ایجار الجمیع بالاکثر حرمة ایجار بعضه ایضاً به.

و عن الشیخ قده القول بالمنع فی اجارة البعض بالمساوی، و مضمر سماعة «۱» شاهد به. لکنه محمول علی الکراهة، لان ذلک مقتضی حمل النص علی الظاهر، سیما و ان مورده الارض التی قد مر کراهة الاستئجار فیها بالاکثر لا حرمته.

ثمّ ان ظاهر جماعـة و صـریح آخرین اختصاص الحکم المزبور- ای حرمـة استئجار العین المسـتأجرة بالاکثر او کراهته- بما اذا کانت الاجرة فی الاجارة الثانیة من جنس الاجرة فی الاجارة الاولی، و الا فمع الاختلاف لا مانع من ذلک.

و اسـتدلوا لـذلک بان الظاهر من الاکثر الاکثر فی الجنس لا الأکثر فی المالیـة و القیمـة، فمع الاختلاف فی المالیـة لا یقال ان احـدی الاجرتین اکثر من الاخری.

و فیه: اولا: انه حیث یکون النظر فی الثمن و الاجرة الی المالیة و القیمة، فمقام

(۱) الوسائل باب ۲۲ من ابواب الاجارة حدیث ۶.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۰۱

[...]

الاجرة مقام النقدین فی التمحض فی المالیة، و علیه فیصدق الاکثریة.

و ثانیا: انه لا تنحصـر الاخبار فیما کان المأخوذ فیه هذا العنوان، بل المأخوذ فی بعض النصوص فضل البیت او الحانوت او الاجیر، ففی خبر ابی الربیع عن مولانـا الصـادق علیه السـلام: ان فضـل الاـجیر و البیت حرام «۱» و فی خـبر ابی المغراء عنـه علیه السـلام: ان فضـل الحانوت و الاجیر حرام «۲» و من المعلوم ان احدی الاجرتین اذا کانت ذات فضل و زیادة علی الاخری فی المالیة یصدق فضل تلکم، فالظاهر عدم الفرق بین الصورتین.

حکم ما لو تقبّل عملا و قبله غیره بالنقیصة

۶- من تقبّل عملا فی ذمته من غیر اشتراط المباشـرة لم یجز ان یقبله غیره بنقیصة، کما عن النهایة و السرائر و الارشاد، و فی المسالک نسبته الی المشهور، الا ان یحدث فیه ما یستبیح به الفضل.

و المسـتند جملة من النصوص، لاحظ صـحیح محمد بن مسـلم عن احدهما علیهما السلام انه سئل عن الرجل یتقبل بالعمل، فلا یعمل

فیه و یدفعه الی آخر فیربح فیه، قال علیه السلام: لا، الا ان یکون قد عمل فیه شیئا «۳».

و خبره الآخر عنه علیه السلام ایضاً عن الرجل الخیاط یتقبّل العمل فیقطعه

---

(۱) الوسائل باب ۲۰ من ابواب الاجارة حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۲۰ من ابواب الاجارة حدیث ۴.

(۳) الوسائل باب ۲۳ من ابواب الاجارة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۰۲

]...[

و یعطیه من یخیطه و یستفضل، قال علیه السلام: لا بأس، قد عمل فیه «۱» و نحوه خبر ابی حمزة «۲».

و خبر ابی محمد الخیاط، قلت لابی عبد اللّه علیه السلام: اتقبّل الثیاب اخیطها ثمّ اعطیها الغلمان بالثلثین؟ قال علیه السلام: أ لیس تعمل فیها؟ فقلت: اقطعها و اشتری الخیوط، قال علیه السلام: لا بأس «۳» و یعضدها ما تقدم من النصوص المانعة عن فضل الاجیر.

و لا ینافیها خبر علی الصائغ عنه علیه السلام فی تقبّله العمل ثمّ تقبیله من غلمان یعملون معه: لا یصلح ذلک الّا ان تعالج معهم فیه. قال قلت: فانی اذیبه لهم، فقال علیه السلام: ذلک عمل فلا بأس «۴» لعدم ظهور: لا یصلح، فی الکراهة.

کما لا ینافیها خبر الحکم الخیاط الدال علی جواز ذلک «۵» فانه مطلق یقید اطلاقه بما اذا احدث فیه شیئا.

و عن المصنف فی التذکرة و القواعد و المحقق الثانی و الشهیدین القول بالکراهة، قال فی المسالک: و مستنده اخبار حملها علی الکراهة اولی جمعاً. و مستندهم فی ذلک اما ما تقدم الذی عرفت ما فیه، او صحیح ابی حمزة عن مولانا الباقر علیه السلام انه سأل عن الرجل یتقبّل العمل فلا یعمل فیه و یدفعه الی آخر یربح فیه، قال علیه السلام: لا بأس «۶» هکذا رواه المصنف ره، و عن السرائر روایته کذلک.

---

(۱) الوسائل باب ۲۳ من ابواب الاجارة حدیث ۵.

(۲) الوسائل باب ۲۳ من ابواب الاجارة حدیث ۴.

(۳) الوسائل باب ۲۳ من ابواب الاجارة حدیث ۶.

(۴) الوسائل باب ۲۳ من ابواب الاجارة حدیث ۷.

(۵) الوسائل باب ۲۳ من ابواب الاجارة حدیث ۲.

(۶) التذکرة ج ۲ ص ۲۹۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۰۳

]...[

و یردّه ان الموجود فی کتب الحدیث القدیمة علی ما صرح به اهله «لا» بدل «لا بأس» فهو ایضا یدل علی المنع.

اللهم الا ان یقال: ان مجرد ذلک لا یصلح دلیلا لردّ ما رویاه بعد کونهما من اساطین الفن ایضا، فالمقام داخل فی کبری کلیة و هی دوران الامر بین الزیادة و النقیصة، و الاصل فیها البناء علی وجود الزائد، و علیه فما رویاه هو الصحیح، و الجمع بینه و بین النصوص المانعة یقتضی البناء علی الکراهة، فالاظهر ذلک.

و لا یخفی ان مورد النصوص المانعة هو العمل بالعین کخیاطة الثوب و صیاغته، و اما العمل الصرف کالصلاة و ما شاکل فیبقی علی اصل الجواز. و الکلام فی جواز استئجار الغیر باکثر من الاجرة او بالمساوی، هو الکلام فی استئجار العین المستأجرة بالاقل او المساوی، و المدرک واحد. کما ان الکلام فی جواز تسلیم العین التی هی متعلق العمل الی الاجیر الثانی و ضمانه و عدمه، هو الکلام فی تلک المسألة.

حکم الاجیر الخاص السابعة:

فیما یتعلق بالاجیر الخاص و العام

اشارة

. و المراد بالاول من کانت منافعه الخاصة او العامة او ما تعهده من عمل فی الذمة فی مدة خاصة مملوکة للمستأجر، و بالثانی من کان فاقد البعض ما یعتبر فی الاجیر الخاص أو لکلّه من تعیین المدة الخاصة و المباشرة. فالکلام فی موردین:

الاول: فی الاجیر الخاص

، و نخبة القول فیه بالبحث فی جهات:

۱- اذا کان اجیرا لعمل خاص فی مدة مخصوصة کالخیاطة، ثمّ آجر نفسه لعمل آخر مضاد معه کالکتابة فی نفس تلک المدة، فالظاهر فساد الاجارة الثانیة. فان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۰۴

]...[

الاظهر عندنا و ان کان ان المنافع المتضادة قابلة للملکیة فی زمان واحد کما تقدم، و الامر بالوفاء بالاجارة الذی هو امر بایجاد الخیاطة لا یقتضی حرمة الکتابة حتی یقال ان المنفعة محرمة فلا تنفذ الاجارة المتعلقة بها، لان الامر بالشیء لا یقتضی النهی عن ضده، و علی فرضه یکون نهیاً مقدمیا لا مولویا نفسیا، الا انه حیث ملک احد الضدین أولا فلا سلطنة له علی تملیک الضد الآخر، لعدم القدرة له علی التسلیم.

اللهم الّا ان یقال: ان القدرة الشرعیة علی التسلیم لا تکون معتبرة و القدرة العقلیة موجودة، لان مدرک اعتبارها لزوم الغرر مع عدم القدرة، فراجع ما ذکرناه، و علیه فتصح الاجارة الثانیة. و لکن الظاهر تسالمهم علی بطلانها.

و علی البطلان فلا اشکال فی انه لیس للمستأجر اجارتها، لان مورد الاجارة الثانیة لیس ملکا له و لا مورداً لحقه.

و هل یمکن تصحیحها لو ابرأه المستأجر أو اقال الاجارة الاولی ام لا؟ و الظاهر ان مدرک البطلان ان کان عدم مالکیته للعمل الثانی، لان المنافع المتضادة لا تملک، فیدخل المقام فی مسألة من باع ثمّ ملک. و ان کان مدرکه ان الامر بالشیء یقتضی النهی عن ضده، فالظاهر صحتها، لان الحرمة ترتفع و العمل فی ظرفه مباح، و المعتبر هو الاباحة فی ظرف العمل لا فی موقع العقد. و ان کان مدرکه عدم القدرة علی تسلیمه، فان علم حین الاجارة الثانیة بان المستأجر یبرئه او یقیله لا إشکال فی الصحة، و الّا فیشکل من جهة ان القدرة علی التسلیم انما تکون معتبرة لرفع الغرر، و مع عدم العلم بامکان الحصول فی ظرفه تکون الاجارة غرریة و باطلة، و الباطل لا ینقلب

صحيحا.

٢- اذا كان اجيرا لعمل خاص فى مـدة خاصـة كالخياطـة، فآجر نفسه للخياطة ايضاً فى تلك المدة، فلا اشـكال فى عدم وقوع الاجارة له، اذ المفروض ان هذه المنفعة

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ١٠٥

]...[

الخاصة ملك للمستأجر فما آجره مملوك للغير، فتكون الاجارة فضولية، فان اجازها المستاجر صحت و الّا فلا.

٣- اذا كان اجيرا لجميع منافعه بالنحو المتقدم، فآجر نفسه لعمل خاص فى تلك المدة، كانت الاجارة الثانية واقعة على ما هو مملوك الغير، فتتوقف صحتها على اجازته.

ثمّ ان ما ذكرناه فى هذه الصور الثلاث يجرى فيما لو آجر دابته بلحاظ منفعتها الخاصة، او بلحاظ جميع منافعها.

٤- اذا آجر نفسه لكلى عمل خاص بشـرط ان يأتى به فى مـدة مخصوصـة، ثمّ آجر نفسه لـذلك العمل او لضده من شـخص آخر فى تلك المـدة، فان كان ايجاره نفسه ثانيا بتمليك منفعته الخاصة فى تلك المدة، لا إشـكال فى الاجارة الثانية الا من ناحية منافاتها لحق الشـرط، و قـد مرّ انها لا توجب البطلان فتصح اجارته، و بصـحتها يتخلف الشـرط لعدم تمكنه بعد ذلك من الاتيان بالعمل للمسـتأجر الاول لصيرورة هذه الحصة مملوكة للثانى، فلا محالة يكون مصاديق ما يكون احدها مملوكا للاول الحصص الأخر غير هذه.

و ان كان ايجاره نفسه ثانيا بالتعهـد بالعمل الخاص بشـرط اتيانه فى تلك المـدة، لا إشـكال فى صـحة الاجارة الثانيـة، و الظاهر بطلان الشـرط، لكونه مخالفا للسـنة اذ المفروض وجوب ان يأتى بالعمل للمسـتأجر الاول فالشـرط فاسـد، فلا بـد له من ان يأتى به للاول فى تلك المدة و بعدها للثانى. نعم، لو تخلف عن ذلك و اتى به للثانى فقد وفى بالاجارة، لان انطباق الكلى على فرده قهرى.

٥- اذا عمل الاجير فى تمام المـدة المعينـة لنفسه او لغير المسـتأجر باجارة او جعالـة، مع عـدم لحوق الاجازة او عدم كون المورد قابلا لها، فلا اشكال فى الضمان

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ١٠٦

]...[

للمستأجر،

انما الخلاف فى انه هل يضمن الاجرة المسماة او اجرة المثل، ام يتخير المستأجر بين مطالبة المسماة او اجرة المثل؟.

و الحق ان يقال: انه حيث تعذر تسليم مورد الاجارة، فللمستأجر الخيار فى الفسخ و الابقاء، فان فسخ له مطالبة الاجرة المسماة لرجوعها بالفسخ اليه، و ان ابقاها فان كان موردا للاجارة الثانية فله ان يجيزها فيطالب الاجرة المسـماة فى الاجارة الثانية، و ان لم يكن موردا لها او لم يجزهـا، فـان كـان المورد من الموارد التى تكون المنفعـة الواقع عليهـا الاجـارة الثانيـة ملكـا للمسـتأجر له ان يطالب اجرة مثل ما اسـتوفاه المسـتأجر الثـانى او غيره لاـن المنفعـة ملـك له على الفرض فله مطالبـة اجرة مثلها، و ان كان من الموارد التى لا يملك تلك المنفعة فله ان يطالب اجرة المثل للمنفعة الفائتة لان المؤجر اتلفها عليه فهو ضامن لها. و بهذا يظهر ما فى كلمات القوم فى المقام.

و لو عمل للغير او لنفسه فى بعض المـدة قبل ان يعمل للمسـتأجر الاول شـيئا، فحكم المنفعـة التى اتلفها حكم تمام المنفعـة التى اتلفها من ضمان اجرة المثل او المسماة او التخيير المتقدم فى الجهة السابقة،

انمـا الكلاـم فى انه هل للمسـتأجر خيار الفسـخ فى الجميع، او انه يختص بما اتلفه الاجير على المسـتأجر، او انه له الخيار فى خصوص الباقى.

و الاظهر هو الاول، فان الغرض تعلق بالانتفاع بالمجموع، و باتلاف البعض یلزم التبعض، فله دفع تبعض الانتفاع الذی هو مناف لغرضه بفسخ العقد رأسا، و لا یندفع المحذور بفسخ خصوص الماضی او الباقی فانه بنفسه مساوق للتبعض.

و بما ذکرناه یظهر حکم ما لو سلم الاجیر نفسه للمستأجر الاول، و عمل له فی بعض المدة الخاصة ثمّ آجر نفسه لغیره و عمل له باقی المدة، و لا یصغی الی ما قیل

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۰۷

]...[

فی هذه الصورة بان الاجیر بتسلیمه نفسه للعمل للمستأجر قد سلم ما یجب علیه تسلیمه، فتعذّر المنفعة بعد ذلک من قبیل التعذّر بعد التسلیم الذی لا یوجب الخیار، فان التسلیم فی باب الاجارة غیر التسلیم فی باب البیع، فانه فی باب البیع مورد العقد نفس العین التی هی موجودة قارة فتسلیمها دفعی، و اما فی باب الاجارة فموردها المنفعة و هی تدریجی الوجود فتسلیمها ایضاً تدریجی، فتسلیم العین فی کل زمان تسلیم لمنفعتها فی ذلک الزمان، و لا یکون تسلیما لها الی الابد.

هذا فی العمل المتقوم بالمستأجر ایضا کحمل متاعه مثلا، و اما فی العمل القائم بالاجیر خاصة کالاجارة لنیابة الصلاة فالأمر اوضح، فان تسلیمه انما یکون بایجاده، فمع ایجاده فی بقیة المدة للغیر لا یکون ایجاداً للمستأجر فلا تسلیم.

۶- فیما للمستأجر الاول مطالبة المسماة فی الاجارة الثانیة، و فیما له مطالبة اجرة المثل، هل یتعین المطالبة من الاجیر، او من المستأجر الثانی، ام یتخیّر فی مطالبة ایهما شاء، ام هناک فرق بین الموردین؟ وجوه.

و تنقیح القول بالبحث فی موردین:

الاول: فی مطالبة الاجرة المسماة، و هی انما تکون فیما لو اجاز الاجارة الثانیة، فان کانت الاجرة عینا شخصیة فتارة تکون هی عند المستأجر، و اخری اقبضها الاجیر، و علی الثانی فقد یجیز القبض و قد لا یجیزه، لا إشکال فیما اجاز القبض فی انه لیس له الرجوع الی المستأجر، لان المال بید الاجیر و المستأجر لا مال عنده و لا عهدته علیه، لان المفروض اجازته للقبض فخرج عن ضمان المعاوضة، کما لا إشکال فی انه یتعیّن الرجوع الی المستأجر اذا لم یقبض الاجرة.

و أما لو کانت الاجرة مقبوضة، و المستاجر الاول لم یجز القبض، فالظاهر انه مخیر فی مطالبة ایهما شاء، اما الاجیر فلکون المال عنده و الناس مسلطون علی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۰۸

]...[

اموالهم «۱»، و اما المستأجر الثانی فلأن عهدة التسلیم المعاوضی علیه و لا یخرج عنها الّا بالتسلیم الی المالک او المأذون من قبله. و ان کانت الاجرة کلیة و قد اقبض المستأجر الثانی فردا منها، فان اجاز المستأجر الاول القبض تعیّن الرجوع الی الاجیر لانه باجازة القبض قد صار الفرد ملکاً له، و ان لم یجزه کانت الاجرة باقیة فی ذمة المستأجر و ما بید الاجیر ملک له دون المستأجر الاول، فله الرجوع الی خصوص المستأجر الثانی.

الثانی: فی اجرة المثل، فالظاهر ان له التخییر فی مطالبتها من ایهما شاء. اما الاجیر، فلانه بایجاد العمل للمستأجر الثانی قد فوّت ذلک علی المستأجر الاول. لا- یقال: ان الاجیر أوجد العمل و سلّمه الی المستأجر الثانی، فلا یصدق علیه انه اتلفه، اذ الاتلاف انما یکون بابقاء عدم العمل لا بإیجاده. فانه یتوجه علیه: انه ایجاد للعمل بالاضافة الی المستأجر الثانی، و اتلاف له بالاضافة الی المستأجر الاول لامتناع وجوده له، و لا ینحصر الاتلاف فی الاعدام، کیف و قد صرح فی خبر عقبة بن خالد «۲» الوارد فی التلف قبل القبض بان

السرقة من الاتلاف مع انه لا إعدام هناک.

و أما مطالبة المستأجر الثانی، فلانه تسلّم مال الغیر من دون اذن من مالکه، لان الاجیر لیس مالکا له فلا یکفی تسلیمه.

و اذا ادّی المستأجر الثانی اجرة المثل، فان کانت مساویة للمسماة فلا کلام. و ان کانت ازید، فان کان جاهلا بالامر یرجع بالزائد الی الاجیر لقاعدة الغرور، و ان کان عالما فلیس له ذلک بل یکون قرار الضمان علیه کما فی تعاقب الایادی. و به یظهر

---

(۱) البحار ج ۱- ص ۱۵۴ الطبع القدیم ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

(۲) الوسائل- باب ۱۰ من ابواب الخیار کتاب التجارة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۰۹

[...]

حکم ما لو ادّاها الاجیر.

۷- اذا عمل الاجیر تبرعا للغیر، فللمستأجر الاول الرجوع فی اجرة المثل الی الاجیر، لانه بالعمل التبرعی اتلفه علی المستأجر المالک له فهو له ضامن، کما ان له الرجوع الی المتبرع له، لانه تسلّم مال الغیر من دون تبرع من مالکه، لان الاجیر لیس مالکا له فلا یکفی تبرعه. ثمّ ان رجع الی المتبرع له و کان جاهلا- یرجع هو الی الاجیر لقاعدة الغرور، و ان کان عالما لا یرجع الیه لعدم الغرور. و ان رجع الی الاجیر، فان کان المتبرع له جاهلا- فلا- اشکال فی انه لیس له الرجوع الیه، و ان کان عالما فالظاهر ان له ذلک لعدم کون العمل مملوکا له حتی یکون تبرعه هتکا لحرمة عمله. نعم، ان غرّه المتبرع له- کما اذا اغفله عن ان هذا الیوم هو الیوم الخاص- له الرجوع الیه، لقاعدة الغرور.

حکم الاجیر العام

المورد الثانی: فی الاجیر العام و المشترک

، و قد مر فی اول المسألة ضابطة، و هو من کان فاقداً لبعض ما یعتبر فی الاجیر الخاص او لکله، من تعیین المدة الخاصة و المباشرة، و هذا هو المراد مما فی بعض الاخبار من تفسیر المشترک بانه الذی یعمل لی و لک «۱». فاذا سقطت المباشرة، او الغیت المدة المخصوصة، او هما معا، کان الاجیر عاما و مشترکا.

و ملخص القول فیه: ان مقتضی القاعدة الاولیة جواز عمله للغیر و لو علی

---

(۱) الوسائل باب ۳۰ من ابواب الاجارة حدیث ۱۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۱۰

[...]

وجه الاجارة قبل الاتیان بالمستأجر علیه اذا کانت المدة ملغاة، و جوازه بالمباشرة لاحدهما و بالتسبیب للآخر اذا کانت المباشرة خاصة ملغاة، و جوازهما معاً مع الغاء القیدین لعدم منافاته له، اذ المفروض عدم تعیین المدة او المباشرة او هما معا.

و لکن قد استدل للزوم التعجیل و لو کانت المدة ملغاة- ای لم یؤخذ الزمان الخاص للعمل- بوجهین منقولین عن الشهید قده:

احدهما: ان الاطلاق فی العقود یقتضی التعجیل.

و فیه: اولا: ان لنا ان نفرض الکلام فیما لو کانت قرینة علی عدم التعجیل.

و ثانیا: ان الاطلاق المزبور یتم فی مثل العوضین فی البیع و الاجرة فی المقام اذا کانت من الاعیان، و لا یتم فی العمل المستأجر علیه، و ذلک لان العقد اذا وقع علی الاعیان حیث ان العین لا تقبل التقیید بالزمان، فلا محالة یصیر من حین العقد تلک العین الشخصیة ملکا للطرف، و حینئذ فمقتضی قاعدة السلطنة علی الاموال ان له ان یطالب بها و یجب علیه تسلیمه ایاها. و اما الاعمال و المنافع فهی قابلة للتقیید بالزمان، و علیه فالعمل الذی وقع علیه الاجارة بما ان المفروض عدم تحدیده بزمان خاص، فلا محالة یکون ما وقع علیه العقد طبیعی العمل غیر المقید بایقاعه فی زمان خاص، و معه لا سلطنة لمالکه علی مطالبته فی زمان معین، بل اختیار ذلک بید الاجیر، و لا یکون امتناعه عن ایقاعه فی زمان خاص امتناعاً عن الحق حتی یکون منافیا لقاعدة السلطنة، فتدبر فانه حقیق به.

ثانیهما: ان الامر بالوفاء بالاجارة یقتضی الفوریة، و لذا قیل انه یجب المبادرة مع عدم المطالبة.

و فیه: اولا: ما حقق فی محله من ان الامر لا یقتضی الفوریة.

و ثانیا: ان الوفاء عبارة عن التمام او ما یقاربه، و الایفاء عبارة عن الانهاء

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۱۱

[...]

و الاتمام، و علیه فالوفاء بالاجارة عبارة عن ایجاد العمل الذی تعلقت به علی النحو الذی تعلقت، فاذا کان المعقود علیه عملا کلیا موسعا فالوفاء به کذلک، فلا معنی لدلالة الامر به علی الفور کما لو تعلق الامر بالموسع، بل مورد الفور ما لو تعلق الامر بعمل لم یعلم حاله من حیث الفور و التراخی. فالحق عدم تمامیتهما، فدعوی التعجیل ممنوعة.

ثمّ انه علی المختار لا کلام فی صحة الاجارة الثانیة، و اما علی القول الآخر فقال جماعة ببطلانها، و استدلوا له بوجوه:

منها: ان الامر بایجاد العمل المستأجر علیه اولا، یقتضی النهی عن ضده و هو یقتضی الفساد.

و فیه: ما حقق فی محله من عدم اقتضاء الامر بالشیء للنهی عن ضده، مع ان النهی التبعی لا یدل علی الفساد، اضف الی ذلک ان ضد العمل المستأجر علیه اولًا العمل المستأجر علیه ثانیاً لا الإجارة نفسها، فلا نهی عنها قطعا.

و منها: انه بعد تحقق الاجارة الاولی یجب الوفاء بها فورا، و معه لا قدرة له علی الوفاء بالاجارة الثانیة فورا، فلا یعقل الامر به، فلا دلیل علی امضاء الثانیة.

و فیه: ان مدرک صحة الاجارة الثانیة لو کان خصوص ما تضمن الامر بالوفاء بها کان لما ذکر وجه، و لکن الدلیل لا ینحصر فیه و کفی بقیة ادلة الامضاء فی الاستناد للصحة، اضف الیه ان القدرة المعتبرة هی القدرة علی اتیان المتعلق خاصة، و لا تعتبر القدرة حتی مع الاتیان بمتعلق الاجارة الاولی، کما هو الشأن فی جمیع موارد التزاحم. نعم، یقع التزاحم حینئذ بین الامر بالوفاء بالاجارتین، فیجری فیه ما یجری فی سایر موارد التزاحم، فمن یری سبق الخطاب من المرجحات یحکم فی المقام بوجوب الوفاء بالاولی، و من لا یری ذلک یحکم بالتخییر بینهما.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۱۲

و لو منعه المؤجر من العین او هلکت قبل القبض بطلت، و لو منعه ظالم بعد القبض صحت و رجع المستأجر علی الظالم، و لو انهدم المسکن من غیر تفریط فسخ المستأجر و رجع بنسبة المتخلف من الاجرة او الزم المالک بالعمارة

و منها: انه حیث یجب علی الاجیر العمل للمستأجر الاول، فهو غیر قادر شرعاً علی تسلیم العمل للمستأجر الثانی، و القدرة علی التسلیم

شرط فی صحة الاجارة.

و فیه: ما تقدم منا من ان القدرة علی التسلیم لیست بعنوانها شرطاً حتی یقال ان الممتنع شرعاً کالممتنع عقلا، بل من جهة لزوم الغرر و دفعا له بنینا علی اعتبارها، و لا یلزم ذلک مع عدم القدرة شرعا کما لا یخفی.

و منها: ان الاجارة الاولی احدثت حقا للمستأجر الاول علی الاجیر، و لازمه عدم تأثیر الاجارة الثانیة.

و فیه: ان الاجارة الاولی لم توجب سوی مالکیة المستأجر العمل الکلی فی ذمة الاجیر، و لا منافاة بین ذلک و بین التملیک الثانی، لعدم التضاد بین العملین.

فالمتحصل انه علی القول بالتعجیل ایضا لا تبطل الاجارة الثانیة.

حکم منع المؤجر من العین

اشارة

الثامنة: قال قده: و لو منعه المؤجر من العین او هلکت قبل القبض بطلت، و لو منعه ظالم بعد القبض صحت و رجع المستأجر علی الظالم، و لو انهدم المسکن من غیر تفریط فسخ المستأجر و رجع بنسبة المتخلف من الاجرة او الزم المالک بالعمارة.

و تحقیق القول فی المقام بالبحث فی موارد:

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۱۳

[...]

۱-

لو استأجر شیئا فمنعه المؤجر من تسلمه

و استیفاء المنفعة منه، ففیه اقوال: احدها: ما فی المتن و عن الشیخ ره و التذکرة، و هو انفساخ العقد فتسقط الاجرة.

ثانیها: ما قوّاه صاحب الجواهر ره لو لم یکن اجماع علی خلافه، و اختاره المحقق الاصفهانی، و هو بقاء العقد، و ان للمؤجر المسماة، و للمستأجر اجرة المثل للمنفعة الفائتة.

ثالثها: ما فی الشرائع و عن غیرها، و هو التخییر بین سقوط الاجرة و عدم دفعها الیه، و بین الدفع و مطالبة اجرة المثل.

و استدل للاول بان التلف قبل القبض- کما یأتی فی المورد الثانی- موجب لانفساخ العقد، و التلف شامل للقهری و الاختیاری، و الاختیاری عام لما اذا استند الی المؤجر او الاجنبی.

و فیه: ان کون تلفها قبل القبض موجبا للانفساخ، ان کان بلحاظ القاعدة لاجل عدم المنفعة فهی غیر شاملة للمقام، و ان کان بلحاظ ما ورد فی البیع من ان کل مبیع تلف قبل قبضه ... الخ «۱» بضمیمة انهم الحقوا الاجارة بالبیع، فهو منصرف الی التلف القهری او ظاهر فیه، و لا یشمل الاختیاری المساوق للاتلاف.

و استدل للثانی بعموم قاعدة الاتلاف «۲» الشاملة لما قبل القبض ایضا. و هو متین، لکنها لا تدل علی تعین ذلک کی تنافی مع ما یدل علی التخییر.

و الحق ان یقال: ان قاعدهٔ الاتلاف تقتضی ضمان اجرهٔ المثل لو لم یفسخ العقد،

---

(۱) المستدرک باب ۹ من ابواب الخیار - کتاب التجارهٔ حدیث ۱.

(۲) قاعدهٔ مصطادهٔ من موارد خاصهٔ.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۱۴

]...[

و له ذلک من جهـهٔ خیار تخلف الشـرط، و المراد به الشـرط الضـمنی الـذی علیه بناء العقلاء فی المعاملات و هو تسـلیم العوضـین، و لیس ذلک بمناط رفع الضـرر حتی یقال انه ینـدفع بالتـدارک. و علیه فله ان یفسخ العقد فتسـقط الاجرهٔ، و له ان یبقیه و یطالب باجرهٔ مثل المنفعهٔ الفائتهٔ لقاعدهٔ الاتلاف، فالاظهر هو التخییر بین الامرین.

فان قیل انه فرق بین اتلاف المنفعهٔ و تفویتها، فلو اسـتوفی المؤجر المنفعـهٔ یصدق الاتلاف، و اما لو منع المسـتأجر عن الانتفاع بالعین بحبسه مثلاـ او لم یسـلم العین الیه لاـن ینتفع بهـا، فلاـ اتلاـف هنا بل هو تفویت، و علیه فلیس له مطالبـهٔ اجرهٔ المثل. ثمّ انه فی صورهٔ تسلیم العین الیه و منعه عن الانتفاع بها، حیث انه لم یخالف الشرط الضمنی فلا خیار ایضاً.

قلنا: ان الاتلاف مفهومه عرفا عام شامل لکل مورد منع عن فعلیـهٔ المنفعـهٔ، کان ذلک باستیفائها او بغیر ذلک. نعم، ما افیـد فی صورهٔ المنع من الانتفاع من عدم ثبوت الخیار تام.

و اذا منعه المؤجر فی بعض المـدهٔ ثمّ سـلّمه العین، فبالنسـبهٔ الی المنفعهٔ الفائتهٔ یجری جمیع ما ذکر فی تفویتها فی تمام المدهٔ، و یمتاز عنه بثبوت خیار التبعض.

فـان قیـل: ان ثبوت خیـار التبعض علی القول بالانفسـاخ لاـ إشـکال فیه، و امـا علی الاقوال الأخر ففی ثبوته، فان المسـتأجر علیه ملک المجموع، فلو قلنا بثبوت اجرهٔ المثل و التغریم کان العقـد أثر اثره و التغریم مؤکد لبقاء أثر العقد فی الفائت و الباقی فلا تبعّض، و کذا لو قلنا بالخیار، فان الخیار مؤکد لبقاء العقد و اعماله اقدام منه علی التبعض و مثل ذلک لا یوجب الخیار.

قلنـا: ان خیار التبعض کما یثبت فی التبعض فی الملک، کـذلک یثبت فی التبعض فی الغرض المعاملی، و المـدرک واحـد کما حقق فی مبحث الخیارات. و علیه ففی المقام حیث

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۱۵

]...[

انه یلزم التبعض فی الغرض المعاملی، و هو الانتفاع بالمجموع، فیثبت الخیار.

و بمـا ذکرنـاه یظهر حکم مـا لو سـلمه المؤجر فی بعض المـدهٔ، ثمّ منعه فی بعضـها الآـخر، فانه فی المـدهٔ الباقیـهٔ یجری ما ذکرناه من التفویت فی تمام المدهٔ، و بالنسبهٔ الی المجموع یثبت خیار التبعض کما فی عکس المسألهٔ.

فان قیل: ان من یقول بالانفساخ لقاعدهٔ التلف قبل القبض، لیس له البناء علیه فی الفرض، لفرض کونه بعد القبض.

قلنا: ان المنفعهٔ حیث تکون تدریجی الوجود، فکما ان وجودها تدریجی کذلک قبضها تدریجی، فبالنسبهٔ الی المنفعهٔ الباقیهٔ یکون من قبیل التلف قبل القبض.

حکم التلف قبل القبض

٢- اذا استأجر شيئا معينا فتلف قبل قبضه، انفسخت الاجارة بلا خلاف. و يشهد له- مضافا الى الاجماع على الحاق الاجارة بالبيع الذى ورد فيه النبوى: كل مبيع تلف قبضه فهو من مال بايعه «١» و خبر عقبة بن خالد «٢» كما الحقوا فى ذلك الباب الثمن بالمبيع- ان المملوك بالاجارة انما هو المنفعة و هى تدريجية، فمع تلف العين قبل المدة المضروبة لا منفعة، فلا شىء حتى يملك بالاجارة. هذا فى التلف الحقيقى، و اما التنزيلى منه فالبطلان او الانفساخ خلاف القاعدة ينحصر مدركه بالاجماع على الالحاق بالبيع، ثمّ ان مقتضى القاعدة هو بطلان الاجارة، و مقتضى الالحاق بالبيع هو

---

(١) المستدرك باب ٩ من ابواب الخيار- حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٠- من ابواب الخيار.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج‌١٩، ص: ١١۶

[...]

الانفساخ لا البطلان.

و لو تلف العين المستأجرة بعد القبض بلا فصل، فالظاهر ان حكمه حكم التلف قبل القبض، فان مرجع تلفها الى عدم وجود المنفعة فى وعائها فلا منفعة و لا قبض، فهو فى الحقيقة من التلف قبل القبض.

و ما افاده صاحب الجواهر ره بانه بمجرد قبض العين يستحق الاجرة، و ان لم يخرج به عن ضمان المعاوضة.

غير تام، فان القبض الذى به يستحق الاجرة فى باب الاجارة قبض المنفعة و قبض العين مقدمة له، و حيث لا منفعة فى ظرفها فلا قبض.

و اذا تلفت العين بعد مدة الاجارة و قبل قبضها، فقد يقال بانفساخ الاجارة، لانه من قبيل التلف قبل القبض.

و فيه: انه ان كانت الاجارة على المنفعة الموقتة بوقت خاص، و تلفت العين بعد ذلك الوقت، فلا وجه للانفساخ و لا البطلان، اما الثانى فلانه كان بملاك عدم المملوك و الفرض وجوده، و اما الاول فلانه بعد تلك المدة لا يكون المستأجر مالكا للمنفعة، حتى يعود الى المؤجر بالانفساخ، و يعود ما بازائه الى المستأجر.

و دعوى ان مقتضى اطلاق الدليل الدال على حكم التلف قبل القبض الشامل للفرض، رجوع ما مضى من المنفعة غير المقبوضة، مندفعة بان تلك المنفعة لم يعرضها التلف، و ما عرض له التلف لا يكون مملوكا، فلا موضوع لذلك الدليل.

قمّى، سيد صادق حسينى روحانى، فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ٢۶ جلد، ه‍ ق فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)؛ ج‌١٩، ص: ١١۶

و ان كانت الاجارة واقعة على منفعة العين الخارجية بنحو الكلى فى المعيّن- كمنفعة الدابة فى يوم من الاسبوع- و فرض تلفها بعد مضى يوم واحد، فحيث ان الكلى فى المعيّن يتعيّن قهرا بتلف ما عدا فرد منه، فلا محالة يكون المملوك هو الفرد غير التالف، فيجرى فيه ما ذكرناه فى سابقه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج‌١٩، ص: ١١٧

[...]

و اذا وقع عقد الاجارة على عين كلية، و توافقا على تعيّنها فى فرد فتلف فهل يصدق التلف قبل القبض من حيث انفساخ الاجارة كما

عن بعض، او من حیث انفساخ الوفاء کما افاده صاحب الجواهر، ام لا یصدق ذلک؟ وجهان، الظاهر عدم الصدق، لان الفرد التالف حیث لا یکون شیئا فلا مورد للانطباق، فینکشف بالتلف فساد التعیین.

حکم منع الظالم من العین

۳- و لو منعه ظالم عن العین، فتارهٔ یکون قبل القبض، و اخری یکون بعده. فان کان قبله، فالظاهر هو الانفساخ، و ذلک من جههٔ کونه من قبیل التلف قبل القبض، الثابت کونه فی البیع موجبا للانفساخ بالنص «۱» و ألحقوا به الاجارهٔ و ذکروه ارسال المسلمات، و ذلک لان التلف و ان کان ظاهرا فی القهری کما قدمناه، الا انه فی الفرض قهری علی المؤجر و المستأجر و ان کان اختیاریاً للظالم، فهو نظیر السرقهٔ التی جعلها فی خبر عقبهٔ بن خالد من قبیل التلف «۲» و معه لا یبقی مجال لدعوی ثبوت الخیار نظراً الی تعذّر التسلیم، فان ذلک موجب لانفساخ العقد و انعدام موضوع الخیار، فدلیله وارد علی دلیل الخیار.

و لو کان ذلک بعد القبض، ففی المتن و الشرائع صحت الاجارهٔ و کان له الرجوع الی الظالم. و استدل له بان المؤجر اقبض مورد الاجارهٔ و خرج عن ضمانه،

---

(۱) المستدرک باب ۹ من ابواب الخیار حدیث ۱- کتاب التجارهٔ.

(۲) الوسائل باب ۱۰ من ابواب الخیار حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۱۸

[...]

فغصب الاجنبی العین المستأجرهٔ کغصبه سائر امواله، لا یوجب الضمان علی احد غیر الغاصب.

و اورد علیه بان المعتبر فی المقام اقباض المنفعهٔ و هی تدریجیهٔ، فلا یکون قبضها دفعیا، بل قبض العین فی کل زمان قبض لمنفعتها فی ذلک الزمان، فغصب الظالم للعین کمنع المؤجر عنها تلف او اتلاف قبل القبض للمنفعهٔ الفائتهٔ، و التلف قبل القبض موجب لانفساخ الاجارهٔ او بطلانها علی اختلاف المسلکین.

و فیه ان ما افید یتمّ فی منع المؤجر عنها- کما قدمناه- و لا یتمّ فی المقام، و ذلک لان القبض المعتبر لو سلمنا کونه عبارهٔ عن تسلیم العین خارجا، و لا تکفی التخلیهٔ و تمکین المستأجر من قبضها و استیفاء المنفعهٔ، فلا اشکال فی ان ذلک فی الابتداء و الحدوث، و اما بقاءً و استدامهٔ فلا توقف فی کفایهٔ عدم الاسترداد و ادامهٔ استیلائه فی صدقه. و علیه ففی مورد منع المؤجر نفسه باسترداده العین یرتفع القبض بقاء، و اما فی مورد منع الظالم فالقبض من المؤجر باق، لانه لم یوجد ضد ادامهٔ العین تحت یده، و لا یجب علیه التحفظ علی ما اقبضه بمنع الظالم للمستأجر. فالاظهر صحهٔ الاجارهٔ.

حکم انهدام المسکن

۴- فی حکم انهدام المسکن المستأجر، و نخبهٔ القول فیه: انه تارهٔ تفوت بانهدامه المنفعهٔ المقصودهٔ منه بالکلیهٔ و لا یمکن اعادته، و اخری یمکن الاعادهٔ. و علی الثانی تارهٔ تکون الاعادهٔ ممکنهٔ بسرعهٔ بحیث لا یفوت شیء من المنفعهٔ عرفاً، و اخری یمکن الاعادهٔ مع فوت مقدار من المنفعهٔ. و علی التقادیر الاخیرهٔ قد یعیده المؤجر، و قد لا یعیده.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ١١٩

]...[

اما مع عدم امكان الاعادة، فهو من قبل التلف قبل القبض فى اثناء المدة، و قد تقدم حكمه و انه يوجب بطلان الاجارة او انفساخها على اختلاف المسلكين.

فان قيل: ان مورد عقد الاجارة هى عرصة الدار الباقية، و اما التركيب المقابل للانهدام فهو وصف للمعقود عليه، فلا يكون الانهدام موجبا للانفساخ.

قلنا: ان ذلك خلاف متفاهم العرف، فان المعقود عليه عندهم هو الدار بما هى دار.

و أما مع امكان الاعادة بسرعة و اعادة المالك اياه، فالظاهر انه لا خيار و لا انفساخ، لعدم فوات المنفعة فى شىء من المدة عرفاً، فلا تلف ايضا.

و أما مع امكان الاعادة لكنه بمرور زمان يعتدّ به، فبالنسبة الى الزمان الذى لا بدّ من مروره ينفسخ العقد بالنسبة الى منفعة المسكن فى ذلك الزمان، و بالنسبة الى ما بعده لا ينفسخ. و الاشكال عليه بان الاجارة واحدة كيف تنفسخ بالنسبة الى بعض و تبقى بالنسبة الى آخر، تقدم الجواب عنه، و عرفت انها منحلة الى اجارات عديدة و ان كانت فى الصورة واحدة، و للمستأجر الخيار لتبعض الملك و الغرض المعاملى.

و أما مع امكان الاعادة و اهمال المؤجر، فالظاهر ان له الزامه باعادة البناء بملاك وجوب التسليم عليه، فان امتنع ثبت خيار الامتناع عن التسليم.

و لا يخفى انه من المناسب البحث فى الاعذار العقلية و الشرعية المانعة من استيفاء المنافع:

فمنها: ما لو استأجره لقلع الضرس، فزال الالم عقيب العقد، فالمشهور بينهم سقوط الاجرة. و هو متين، فانه بزوال الالم ينكشف بطلان الاجارة من الاول، من جهة ان من شرائط صحة الاجارة- على ما مر- كون المنفعة مباحة، و قلع الضرس بدون الالم حرام على المشهور، فالمنفعة فى ظرفها محرمة و ان كانت مباحة فى ظرف عقد

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ١٢٠

]...[

الاجارة، فتأمل.

استئجار المرأة للارضاع

و منها: ما اذا استأجر المرأة للارضاع و صادف مطالبة الزوج للاستمتاع. و قبل بيان حكمه لا بدّ من التعرض لحكم هذا الاستئجار جوازاً و منعاً فى نفسه، فنقول: قد اضطربت كلمات القوم فيه و فى نظائره، كإجارة الفحل للضراب، و الحمام للاستحمام، و ما شاكل.

و منشأ الاشكال فيها ان هذه الاعيان- اى اللبن فى المرضعة و الشاة، و الماء فى الحمام، و ما شاكل- ان لم تكن مملوكة بعقد الاجارة فما المجوز للانتفاع بها، و ان كانت مملوكة فما المملك لها، اذ المفروض انه ليس غير الاجارة، و هى لا تقتضى الا ملك المنفعة و لا تقتضى ملك الاعيان.

و اجابوا عنه تارة بالاجماع على صحة الاجارة فى هذه الموارد.

و اخری بان المنفعة أمر عرفی ربما تصدق علی بعض الاعیان، و یراه العرف منفعة لعین اخری، و ان کان لو لوحظ مستقلا کان من الاعیان، نظیر اللبن للمرأة و الشاة، و الثمرة للشجرة، و الماء للحمام.

و ثالثة- کما افاده المحقق الاصفهانی- بان العمل و المنفعة فی هذه الموارد علی قسمین:

احدهما: ان الاستیفاء یستتبع تلف العین، کالاستحمام فی ماء الحمام بالدخول و الخروج، و کالإرضاع او الرضاع بدخول اللبن فی معدة الصبی، و کالضراب بدخول النطفة فی رحم الدابة.

الثانی: ان الاستیفاء یستتبع وجود عین، کالاستقاء من البئر، و حلب الشاة

]...[

و اخراج لبنها، و اقتطاف الثمرة من الشجرة.

اما القسم الاول فما هو مناف لحقیقة الاجارة ملک العین لا اقتضائها تلف العین، ضرورة ان استیفاء المنفعة یلازم غالبا تلف العین، کما فی استیفاء المنفعة من الدار بسکناها فانه یوجب تلف مقدار منها، و استیفائها من الدابة ربما یوجب هزالها او جرح ظهرها، و هکذا، و هذه اللوازم جائزة و مستحق علیها بنفس تشریع الاجارة و استحقاق استیفاء المنفعة.

و أما القسم الثانی فیلتزم فیه بان ملکیة هذه الاعیان انما هی بتبع ملکیة المنافع، و هذا لا محذور فیه، فان المحذور فی صیرورة هذه مملوکة بنفس عقد الاجارة، و الا- فکما ان البیع لنقل الاعیان و یستلزم تملیک العین تملیک المنافع و لم یتوهم احد الاشکال فیه کذلک فی المقام الاجارة لنقل المنافع و لکن ملکیة المنافع ربما تستلزم ملکیة الاعیان و لا محذور فی ذلک.

و یمکن المناقشة فی الجمیع:

اما الاول فلان الاجماع قائم علی الصحة فی هذه الموارد، لا علی الصحة بعنوان الاجارة، و لعلّها من جهة انطباق عنوان آخر- الذی سیمرّ علیک- و به یظهر حال ما دلّ من الکتاب «۱» و السنة «۲» علی جواز اخذ الاجر علی الارضاع، لعدم ظهوره فی الاجارة.

و أما الثانی فلان لازمه جواز تملیک تلک الاعیان ابتداء کما یجوز تملیک سکنی الدار، و لا أظن ان یلتزم به احد، اللهم الا ان یقال: انها انما تعدّ منفعة اذا لوحظت

(۱) الطلاق آیة ۷.

(۲) الوسائل باب ۷۱ من ابواب احکام الاولاد- کتاب النکاح.

]...[

لعین اخری لا فیما اذا لوحظت مستقلة.

و أما الثالث فلانه یرد علی ما افید فی القسم الاول: ان تلف العین ان کان من لوازم الانتفاع و استیفاء المنفعة التی وقعت الاجارة علیها جاز، و الا- فلا- یجوز، و فی الامثلة المشار الیها انما یتلف الماء فی الحمام و اللبن فی الارضاع و النطفة فی الضراب للانتفاع بنفس تلک الاشیاء و استیفائها، فماء الحمام انما یتلف باستیفاء منفعة الماء لا منفعة الحمام، و النطفة تتلف باستیفائها لا باستیفاء منفعة الفحل، و اللبن یتلف لا باستیفاء منفعة المرأة. فان التزم بکون هذه الاشیاء بانفسها منافع فیعود ذلک الی الوجه الثانی، و ان التزم بوقوع الاجارة علیها فمنافعها تملک بالاجارة، فیرد علیه ما تقدم من ان اجارة ما یتلف باستیفاء المنفعة لا یجوز.

و يرد على ما افيد فى القسم الثانى: ان التبعية فى الملكية تحتاج الى دليل من بناء العقلاء او غيره، و لا دليل على تبعية ملكية تلك الاعيان لملكية منافع الاعيان الأخر، اى ملكية الماء و اللبن و الثمرة لملكية منافع الشاة و البئر و الشجرة.

اضف اليه انه لا- يتصور للشجرة منفعة تستتبع الثمرة، فان قابلية الشجرة للاثمار غير استيفائية، و الاقتطاف فعل المقتطف لا منفعة الشجرة.

و اضف الى جميع ما ذكرناه انه فى بعض تلك الموارد يكون بعض الشرائط الأخر مفقودا، مثلا فى الاستحمام تكون مدته و مقدار الماء الذى يتلف مجهولتين.

و الحق ان الظاهر فى جملة من تلك الموارد كونها من قبيل الاباحة بالعوض، التى قد مر فى بعض المباحث السابقة من هذا الكتاب الدليل على مشروعيتها و لزومها، و بيّنا انها بنفسها معاملة مستقلة، و بالالتزام بذلك يندفع الاشكال فى كثير من الموارد، كالاستحمام و ارضاع المرأة و اقتطاف الثمرة من الشجرة، بل فى جميع

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ١٢٣

]...[

الموارد المتقدمة اليها الاشارة.

مطالبة الزوج بالاستمتاع فى الزمان المعين للاجارة

اذا عرفت ذلك، فيقع الكلام فيما لو استأجر المرأة للارضاع، بناء على صحة الاجارة او اوقع المعاملة عليها بالنحو المشروع، ثمّ طالبها الزوج بالاستمتاع، فانه يجب عليها التمكين و هو ينافى الارضاع الواجب عليها. و محل الكلام صور ثلاث:

الاولى: ان يبنى على جواز الارضاع بلا- اذن الزوج، فى صورة عدم المنافاة لحق الاستمتاع الثابت عليها فى اوقاتها بنحو الكلى فى المعيّن.

الثانية: ما اذا كان الزوج فى السفر او مريضا، فاتفق عود الزوج و زوال المرض، و طالبها بالاستمتاع فى الزمان المعين للاجارة.

الثالثة: ما اذا آجرت نفسها للارضاع قبل النكاح.

اما الصورة الاولى، فان قلنا بان للزوج حق الاستمتاع فى جميع الاوقات بنحو الاستغراق، فلا اشكال فى بطلان الاجارة المفروضة، فان المرأة تكون حينئذ نظير الاجير الخاص، و لكن الظاهر انه ليس كذلك. و عليه فحيث لا يمكن الالتزام بان الاستمتاع الذى يملكه الزوج انما هو الاستمتاع فى زمان معيّن لعدم المعيّن شرعا، و لا فى زمان مردّد لان المردّد من حيث هو مردّد لا حقيقة له و لا تحقق فلا- يملك، و لا- معلقا على اى وقت شاء الزوج لان هذا الحق ثابت شاء الزوج ام لم يشاء، فلا محالة يكون بنحو الكلى فى المعيّن، غاية الأمر أن ولاية التعيين بيد الزوج.

فان كان الارضاع ايضا بنحو الكلى فى المعيّن، و كانت ولاية التعيين بيد المرأة، لا إشكال فى انه لا يجوز لها الارضاع مع مطالبة الزوج للاستمتاع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ١٢٤

]...[

و اما ان كان الارضاع الذى هو مورد للمعاملة الارضاع فى وقت خاص، فمن حيث صحة العقد لا إشكال من جهة تمامية اركانه و

شرائطه، حتی اباحة المنفعة اذ لو فرضنا ان یکون واجبا علیها الاجابة، لما کان الارضاع محرماً الا علی القول باقتضاء الامر بالشیء للنهی عن ضده، و حتی القدرة علی التسلیم کما مر مرارا. فاذا صحت الاجارة وجب الوفاء بها، و اذا وجب علیها الوفاء بالاجارة وقع التزاحم بین ذلک و بین ما دل علی وجوب الاجابة للزوج، فتتخیر بینهما. هذا هو حق القول فی المقام، و لکن حیث ان المشهور بین الاصحاب بطلان الاجارة- اما مطلقا او فیما ینافی- فالاحوط ترک الاجارة فی المنافی الا باذن الزوج.

و أما الصورة الثانیة ففیها اقوال:

۱- انفساخ الاجارة، لمصادفتها فی الواقع للمانع فهی باطلة واقعا، لعله المشهور بینهم.

۲- بقاء الاجارة علی صحتها، و وجوب تقدیم حق الزوج علی حق المستاجر علیها، و حینئذ تفسخ المرأة الاجارة، اختاره صاحب الجواهر ره.

۳- صحة الاجارة و وجوب تقدیم حق الزوج، مع ثبوت حق الفسخ للمستاجر، لتعذر التسلیم او لعدم التسلیم خارجا.

۴- صحة الاجارة، و کونها مخیّرة فی تقدیم ای الحقین شاءت.

اما صحة الاجارة فیظهر وجهها مما قدمناه فی الصورة السابقة، و کذلک تخییرها بین تقدیم حق الزوج او حق المستاجر، الا ان تقدیم حق الزوج فی کلماتهم من المسلمات، و کفی به مرجّحا فی باب التزاحم.

و أما ثبوت الخیار للمستاجر، فالظاهر انه لا إشکال فیه ان قدمت الزوجة حق الزوج، لعدم تسلیم حقه، فمقتضی الشرط الضمنی ان له الخیار.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۲۵

[...]

و اما ثبوت الخیار للزوجة، فلم یظهر لی وجهه اذ لا موجب له حتی من ناحیة الضرر، لعدم الضرر علیها فی بقاء الاجارة علی حالها، و لذا ربما یقال ان عبارة الجواهر مصحفة، و العبارة الصحیحة: انه تنفسخ الاجارة، لا انها تفسخ الاجارة.

و أما الصورة الثالثة، فلا اشکال فی عدم بطلان الاجارة، لان المرأة کانت مالکة لنفسها بالملکیة المرسلة الابدیة قبل النکاح، فجارت نفسها و خرجت هذه المنفعة عن ملکها، فبعد ما تزوجت تکون بدون هذه المنفعة متعلقة لحق الزوج، فالمرأة فی المقام کالدار التی استؤجرت ثمّ باعها من شخص ثالث.

و بعد ما تزوجت اذا طالبها الزوج للاستمتاع فی وقت معین، و کان ذلک الوقت مختصاً بالارضاع، قدّمت حق المستاجر بلا کلام، اذ لیس للزوج طلب الاستمتاع فی ذلک الوقت لما مر.

و ان کان غیر مختص به قدمت حق الزوج، لانه بالمطالبة یجب علیها تعیینا الاجابة. و الواجب بالاجارة موسع، و من الواضح ان الواجب الموسع لا یصلح للمزاحمة مع الواجب المضیق، فما هو المشهور بین الاصحاب من تقدیم حق المستاجر هنا انما هو فی الفرض الاول لا الثانی.

و ان کان غیر مختص به، و لکن کان حقّ التعیین للمستاجر، فعیّن للارضاع وقت مطالبة الزوج بالاستمتاع، فالظاهر هو التخییر لها فی تقدیم ایهما شاءت.

استئجار المرأة لکنس المسجد

و منها: ما اذا استأجر المرأة لکنس المسجد مباشرة فی وقت خاص، فحاضت المرأة فی تلک المدة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۲۶

]...[

قالوا: انه یظهر من عروض الحیض بطلان الاجارهٔ نظرا الی حرمهٔ العمل، فان الکنس حرام علی المرأهٔ فلا یصح تملیکه بالاجارهٔ.

و لکن یرد علی ذلـک: ان الکنس بعنـوانه لاـ یحرم، بـل ان توقـف علی اللبث فی المسـجد حرمت مقـدمته علیهـا، فنفس مـا وقع علیه الاجارهٔ لا یکون محرما کی تبطل الاجارهٔ، و لا تسری الحرمهٔ من مقدمته الیه.

فان قیل: انه من جههٔ حرمهٔ مقدمته لا تقدر هی علی تسلیمه، فتبطل الاجارهٔ لذلک.

قلنا: انه قد تقدم مرارا ان غیر المقدور الشرعی لا محذور فی اجارته، مع انه بنفسه لیس غیر مقدور شرعاً بل مقدمته کذلک. فالاظهر صحهٔ الاجارهٔ، و لذا لو فعلت محرما و کنست المسجد استحقت الاجرهٔ.

ثمّ انه علی فرض الصـحهٔ تقع المزاحمـهٔ بین حرمـهٔ المقدمهٔ و وجوب الکنس عملًا بدلیل الاجارهٔ. و لکن الظاهر تسالمهم علی سـقوط وجوب ذی المقدمهٔ مع حرمهٔ مقدمته ما لم یحرز اهمیهٔ الوجوب، و علی ای حال الظاهر عدم الخلاف بینهم فی تقدیم حرمهٔ اللبث فی المقام.

و منها: ما اذا اسـتأجر الدابهٔ للسفر الی الحج فحدث مانع عن السلوک، فتارهٔ یکون المانع عاما، و اخری یکون خاصا. فعلی الاول تبطل الاجـارهٔ، لامتنـاع استیفـاء هـذه المنفعـهٔ، فلا تکون مثل هـذه المنفعـهٔ مالًا عرفا کی تملک بعوض. و ان کان خاصا، فان کانت المنفعهٔ المملوکـهٔ مقیدهٔ بالمباشـرهٔ بطلت ایضاً، لان المفروض ان هذه الحصهٔ من المنفعهٔ لا یمکن استیفائها، فلا یصح تملیکها بالاجارهٔ. و ان لم تکن مقیدهٔ بها صحت الاجارهٔ و لا خیار، لان له ان یؤجرها بالغیر، فلا موجب للبطلان و لا للخیار.

و منها: ما اذا استأجر دارا فی بلد فعرض خوف یمنع عن السکنی، فان کان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۲۷

]...[

عاما بطلت الاجارهٔ، لان هـذه المنفعـهٔ المحفوفـهٔ بالمانع لا مالیـهٔ لها عند العرف، فلا یصح تملیکها بالاجارهٔ. و ان کان خاصا، صـحت الاجـارهٔ حتی مع قیدیـهٔ المباشـرهٔ لبقاء المالیـهٔ، الا اذا کان الخوف موجبا لحرمـهٔ استیفاء المنفعـهٔ علیه، فان مورد الاجارهٔ حینئـذ منفعهٔ محرمهٔ و قد اشترطنا اباحتها.

و ما افاده المحقق الاصفهانی ره من ان حرمهٔ استیفاء المنفعهٔ علیه لعارض لا دخل لها بحرمهٔ المنفعهٔ حتی مع قیدیهٔ المباشرهٔ، فان غایته ان المملوک حصـهٔ ملازمـهٔ لحصـهٔ محرمـهٔ، غریب، فـان حرمـهٔ المنفعـهٔ لاـ معنی لهـا الاـ حرمـهٔ استیفائهـا، اذ الحرمـهٔ تتعلق بالفعل لا بالموجود الخارجی، فمعنی اشتراط اباحـهٔ المنفعـهٔ اباحهٔ استیفائها و المفروض فی المورد حرمته. فالاظهر هو البطلان فی هذه الصورهٔ. نعم، مع عدم قیدیهٔ المباشرهٔ، حرمهٔ الاستیفاء علیه لا تلازم حرمهٔ المنفعهٔ بقول مطلق، فلا مانع من صحهٔ الاجارهٔ.

ثمّ ان فی المقام موارد اخر، حیث انه یظهر الحکم فیها مما ذکرناه فی هذه الموارد، فلا حاجهٔ الی ذکرها.

الاختلاف فی الاجارهٔ

اشارهٔ

التاسعة فی الاختلاف فی الاجارة، و فیه فروع:

-۱

لو اختلفا فی انه آجره داره او غیرها الی مدة کذا او اعاره ایاها

، فتارة یکون مدعی الاجارة هو المالک و غرضه الزامه بالاجرة، و اخری یکون المدعی لها هو القابض و غرضه منع المالک من تملک الاسترداد الی آخر المدة او غیر ذلک. و علی الاول اما ان یکون النزاع فی اثناء استیفاء المنفعة، او قبل استیفائه شیئا منها، او بعد

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۲۸

و القول قول منکر الاجارة مع عدم بینة المدعی

انقضائها.

فان کان المدعی هو المالک و کان قبل الاستیفاء، فلا اشکال فی ان القول قول منکر الإِجارة، مع عدم بینة المدعی بیمینه.

و ان کان النزاع بعد الاستیفاء او فی اثناء ذلک، فعن جماعة ان القول قول المنکر و هو ظاهر المتن، و عن المشهور ان القول قول المالک، و عن بعضهم التحالف، و عن الشیخ استعمال القرعة فی تعیین المنکر منهما فیکون القول قوله بیمینه.

و استدل فی ملحقات العروة للاول اذا کان محط الدعوی استحقاق الاجرة و عدمه او کان الغرض منهما ذلک، و ان کان مصب الدعوی ان الواقع ای العقدین، باصالة عدم الاجارة، قال: و لا یعارضها اصالة عدم الاعارة، لانها لا تثبت الضمان الا بضمیمة العلم الاجمالی، بخلاف اصالة عدم الاجارة، فانها موجبة لعدم الضمان بنفسها.

و فیه: انه فی تعارض الاصول فی اطراف العلم الاجمالی و تساقطهما، لا یعتبر سوی ترتب الاثر علی کل من الاصلین، کان الاثر غرضه ام لم یکن، فاذا فرضنا ترتب الاثر علی اصالة عدم الاعارة علی ما یعترف به فیما لو کان الغرض فی تشخیص الواقع بملاحظة خصوصیة تعارض اصالة عدم الاجارة مع اصالة عدم الاعارة و تساقطان.

فالحق ان یستدل له باصالة البراءة عن الضمان، فالقول قول منکر الضمان.

و استدل للمشهور تارة بان مقتضی قاعدتی الید «۱» و الاتلاف «۲» هو الضمان،

---

(۱) سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۰- کنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷.

(۲) المصطادة من الاخبار الواردة فی الموارد الخاصة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۲۹

]...[

فان المستفاد منهما کون الاصل هو الضمان فی الاموال التالفة عند غیر مالکها اعمّ من الاعیان و المنافع.

و اخری بقاعدة الاحترام الثابتة بالاخبار «۱».

و ثالثة بموثق اسحاق عن ابی الحسن علیه السلام عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: کانت عندی ودیعة، و قال الآخر: انما کانت لی علیک قرضا، فقال علیه السلام: المال لازم له، الا ان یقیم البیّنة انها کانت ودیعة «۲». بتقریب انه من المعلوم کون

تقدیم قول مدعی القرض، لاجل احترام مال المسلم، و هذه العلة موجودة فی المقام.

و لکن یرد علی الاول: اولا: ان المتنازعین متوافقان علی عدم ثبوت اجرة المثل التی هی مفاد القاعدتین، اما القابض فلادعائه العاریة، و اما المالک فلانه یدعی ثبوت الاجرة المسماة.

و ثانیا: انه لو سلم کون مفادهما الضمان اعمّ من المسمی او المثل، حیث انه لا ریب فی ان ذلک خصص بما اذا لم یکن عاریة، فمع الشک فیها یشک فی صدق المخصص، فالتمسک بالقاعدتین تمسک بالعام فی الشبهة المصداقیة و هو لا یجوز.

و بذلک یظهر ما فی الوجه الثانی، مع ان فی کونها مثبتة للضمان کلا ما تقدم فی کتاب البیع.

و أما الوجه الثالث فیرد علیه: ان العلة المذکورة لیست منصوصة بل هی مستنبطة ظنیة، و الظن لا یغنی من الحق شیئا، مع انه فی مورد الخبر النزاع فی عوض

---

(۱) الوسائل باب ۳ من ابواب مکان المصلی- و باب ۳ من ابواب القصاص فی النفس حدیث ۳ و باب ۴۰ من ابواب کتاب الشهادات.

(۲) الوسائل باب ۷- من ابواب الودیعة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۳۰

[...]

المثل، و فی المقام فی العوض المسمی، فقیاس المقام علیه مع الفارق.

و بما ذکرناه یظهر مدرک القول الثالث، و هو تعارض الاصلین فالمتبع هو التحالف، و قد اختاره السید فیما لو کان الغرض تشخیص الواقع بملاحظة خصوصیة، و هو یتم اذا لم تکن تلک الخصوصیة مورد الاصل العدم.

و أما الرابع فلعل وجهه ما دل «۱» علی لزوم القرعة لتعیین المنکر، فیما اذا لم یتمیز المدعی عن المنکر. و یردّه- مضافا الی ما مر من التمییز فی المقام- ما سیأتی فی کتاب القضاء من اختصاصه بموارد خاصة. فالاظهر هو القول الاول.

هذا کله بالنسبة الی الضمان و عدمه. و اما بالنسبة الی جواز استیفائه المنفعة، فالظاهر جوازه ما لم یسترده المالک، لتوافقهما علیه. و ان استرد فالمالک یعترف بانه لیس له ذلک اذا بذل القابض العوض، و القابض یعترف بثبوته له، فلیس للمالک الاسترداد لاقراره کما لیس للقابض الانتفاع بمقتضی اقراره، الا ان للمالک التصرف فیه و استیفاء منفعته ان لم یبذل القابض العوض مقاصة، و للقابض ذلک مع بذله بهذا العنوان ایضاً.

و أما علی الثانی، و هو ما لو کان مدعی الاجارة هو القابض فیدعی مالکیته للمنفعة و مدعی العاریة المالک، فالظاهر تقدیم قول المالک، لا لأصالة عدم الاجارة لما مر من تعارضها مع اصالة عدم العاریة، بل لاصالة بقائها فی ملکه و عدم انتقالها الی القابض. نعم، اذا کانت العین بید القابض لا یبعد دعوی کون یده علیها الموجب لکون المنفعة تحت استیلائه، و یده امارة الملکیة، و الید تقدم علی الاصل، فالقول قوله حینئذ.

---

(۱) الوسائل باب ۱۳ من ابواب کیفیة الحکم کتاب القضاء.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۳۱

و قول المستأجر فی قدر الاجرة

اختلاف المؤجر و المستأجر فی مقدار الاجرة

۲- اذا اختلفا فی مقدار الاجرة- کما لو ادعی المؤجر انها عشرة، و قال المستأجر ان الاجرة خمسه- فمع عدم البیّنة لاحدهما فیه اقوال:

احدها: ما فی المتن، قال: و قول المستأجر فی قدر الاجرة، و هو المشهور بین الاصحاب.

ثانیها: ما اختاره صاحب الجواهر ره، و هو ان القول قول المستأجر لو کان مصبّ الدعوی الزیادة و النقصان، و التحالف اذا کان مصبّ الدعوی ان العقد وقع علی الخمسة او العشرة.

ثالثها: ما عن الشیخ فی المبسوط، و هو التحالف مطلقا، ثمّ الرجوع الی اجرة المثل.

رابعها: ما للشیخ ایضا، و تبعه فی المستند، و هو الرجوع الی القرعة.

خامسها: ماله ایضا، و هو التفصیل بین النزاع قبل انقضاء الاجل فالتحالف، او بعده فالقرعة او تقدیم قول المستأجر مترددا بینهما.

و الاظهر هو الاول، لان وقوع العقد علی الاقل معلوم- اما فی ضمن الاکثر او مستقلا- و وقوعه علی الزائد مشکوک فیه، یجری فیه الاصل. و دعوی انه یعارضه اصالة عدم وقوع العقد علی الاقل بخصوصه، مندفعة بان هذا الاصل لعدم ترتب الاثر علیه لا یجری.

مع انه مع الاغماض عن ذلک یمکن ان یقال: ان مصب الدعوی کان هو العقد و انه وقع علی الخمسة او العشرة، ام کان هو استحقاق الزیادة، تجری اصالة عدم

]...[

الزیادة و عدم وقوع العقد علی العشرة، اما الاولی فواضحة، و اما الثانیة فلانه بها ینفی استحقاق الزیادة. و لا یعارضها اصالة عدم وقوع العقد علی الخمسة، لانه لا یثبت بها استحقاق الزیادة، فان ذلک من آثار وقوع العقد علی العشرة، لا عدم الوقوع علی الخمسة. فقول المستأجر موافق للاصل مطلقا.

ثمّ ان الحکم بالتحالف فی الموارد التی یکون کل من الطرفین مدعیاً و منکرا، لم یظهر لنا وجهه، و سیأتی الکلام فیه فی کتاب القضاء. و اجمال ما یخطر بالبال ان ما دل علی ان الحلف علی المدعی علیه «۱» مختص بما اذا کان کذلک محضا، علی ما یظهر من المقابلة بینه و بین ثبوت البینة علی المدعی.

ثمّ علی تقدیر القول بالتحالف، لا وجه للرجوع بعده الی اجرة المثل، فان حلف کل منهما ینفی ظاهراً ما یدعیه الآخر من وقوع العقد علی الاجرة الخاصة، و لا ینفی وقوع العقد علی الاجرة المسماة المعلوم الذی هو مورد توافقهما.

بل لا بدّ و ان یقال بعد التحالف: ان انتقال المنفعة الی المستأجر معلوم، و اشتغال ذمته باجرة معینة ایضاً معلوم و هو مردد بین الاقل و الاکثر، فیقدم قول مدعی الاقل بیمینه، لان الاشتغال به معلوم و الزائد مشکوک فیه یرتفع بالاصل، کما لو علما بوقوع العقد علی احد الوجهین بلا نزاع بینهما لجهلهما معا بالتعیین. و بعبارة اخری: ان الاصل الجاری فی العقد من قبیل الاصل الجاری فی السبب، و ما یجری فی اشتغال الذمة من قبیل الاصل الجاری فی المسبب، و معلوم انه مع عدم جریان الاصل فی السبب یجری فی المسبب.

فان قیل: ان حلف کل منهما ینفی احدی الخصوصیتین، فبحلفهما تنفیان معا،

(۱) الوسائل باب ۳- من ابواب کیفیة الحکم کتاب القضاء.

و التفریط و قیمة العین

و حیث ان عدم خصوصیة اخری معلوم فیحکم فی ظاهر الشرع بعدم وقوع عقد بینهما، فالمتبع ما یدل علی ثبوت اجرة المثل.

قلنا: ان الحلف انما ینفی ما لم یعلم ثبوته، و وقوع العقد علی احدی الاجرتین معلوم، فلا ینفیه الحلف. و ان شئت قلت: المحلوف علیه لیس عدم وقوع العقد، بل عدم تعلقه بخصوصیة خاصة، فلا وجه للحکم بعدمه بالحلف.

و بما ذکرناه یظهر حکم ما لو اختلفا فی التفریط فانه یقدّم قول المستأجر المدعی لعدمه.

٣- اذا قال: آجرتک نصف الدار بعشرة دراهم، و قال الآخر: بل آجرتنی تمام الدار بعشرة، فهو عکس الفرع السابق، اذ المؤجر هنا یدعی الاقل و المستأجر یدعی الاکثر، فینعکس الحکم و یجری علی کل منهما عکس ما جری علیه فی الفرع المتقدم.

٤- لو تعدی بالعین المستأجرة فتلفت او تعیّبت، لا إشکال فی ان المستأجر ضامن.

و لو اختلفا فی قیمة العین فعن الحلی و اکثر المتأخرین بل عامتهم ان القول قول الغارم مع یمینه، و استدل له باصالة عدم الزیادة، و بانه منکر فیکون القول قوله، و لا یخفی رجوع الوجهین الی وجه واحد.

انما الاشکال فی انه فی ذیل صحیح ابی ولاد المتقدم ما یدل علی ان القول قول المالک، و ان وظیفته الحلف الا ان یرد الحلف علی القابض: قال: قلت: فمن یعرف ذلک؟ قال علیه السلام: أنت و هو، اما ان یحلف هو علی القیمة فیلزمک، فان رد الیمین علیک فحلفت علی القیمة لزمه ذلک، أو یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون ان قیمة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ١٣٤

و قول المالک فی رد العین و قدر المستأجر،

البغل حین اکتری کذا و کذا فیلزمک «١» الحدیث.

و قد عمل به الشیخ قده فی محکی النهایة، و المفید فی محکی المقنعة، و نسبه المصنف ره الی الاکثر، و انما لم یعمل به جماعة بل فی الریاض عامة المتاخرین من جهة مخالفته لموازین باب القضاء، فان المالک یدعی الزیادة فقوله مخالف للاصل، فیکون هو مدعیا و وظیفته اقامة البینة، و القابض منکراً و وظیفته الحلف أو ردّ الحلف، و قد حکم فی الخبر بانه یحلف صاحب المال، أو یردّ الحلف علی الغاصب المتعدی. ثمّ انه علی فرض کونه منکرا، فما معنی جعل اقامة البیّنة وظیفته مع ان البینة علی المدعی! و اجیب عن ذلک باجوبة.

و الحق ان یقال: ان الصحیح یحمل علی التعبد و یخصص به القاعدة العامة، و لعلّ السّر فی ذلک ان المفروض فی مورد الخبر غصب البغل، و من شئون اخذ الغاصب باشق الاحوال عدم قبول قوله ما لم یرد الحلف علیه، و ان لا یطلب منه بشیء من موازین القضاء، بل یوجه الخطاب الی المالک، و علی ذلک فالاظهر ان القول قول المالک مع یمینه.

٥- لو اختلفا فی ان العین المستأجرة بعد انقضاء الاجل هل ردت الی المالک ام لا؟ فلا اشکال و لا خلاف فی ان القول قول المالک فی عدم رد العین، لانه منکر للرد و الاصل عدمه.

و قد مر ایضا انهما لو اختلفا فی قدر المستأجر القول قول المالک، لاحظ ما ذکرناه فی الفرع الرابع.

---

(١) الوسائل باب ١٧- من کتاب الاجارة حدیث ١.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ١٣٥

و کل موضع یبطل فیه الاجارة یثبت فیه اجرة المثل

کل موضع تبطل فیه الاجارة یثبت فیه اجرة المثل

العاشرة: و کل موضع تبطل فیه الاجارة یثبت فیه اجرة المثل سواء زادت عن المسماة او نقصت عنها، بلا خلاف فیه، و فی الجواهر: بل قد یظهر من ارسالهم ذلک ارسال المسلمات انه من القطعیات.

و الحق ان یقال: انه تارة یستوفی المنفعة، و اخری لا یستوفاها و لکن تتلف تحت یده، و ثالثة لا یکون مستوفیاً و لا المنفعة تالفة تحت یده.

اما الصورة الاولی، فالظاهر ضمان المستوفی للمنافع، لعموم علی الید ما اخذت «١». و اورد علی التمسّک به لضمان المنافع بایرادین:

احدهما: ما افاده الشیخ الاعظم قده، و هو عدم صدق الاخذ بالاضافة الی المنافع.

و فیه: انه لیس المراد بالاخذ الأخذ بالجارحة الخاصة، و الا لزم عدم شمول الخبر لجملة من الاعیان- کالدار و العقار و ما شاکل- بل الأخذ کنایة عن الاستیلاء علی الشیء، و الأخذ بهذا المعنی یصدق بالاضافة الی المنافع ایضاً، اذ الاستیلاء علی المنفعة انما یتحقق بالاستیلاء علی العین، اذ المنفعة هی ما فی العین من القابلیة، کقابلیة الدابة للرکوب. و الدار للسکنی، و هذه القابلیة من مراتب وجود العین، و الاستیلاء علی العین استیلاء علیها بجمیع شئونها و مراتب وجودها، و منها القابلیة للانتفاع.

ثانیهما: ما افاده المحقق الاصفهانی ره، و هو عدم صدق التأدیة فی المنافع، فان ظاهر قوله: حتی تؤدی، کون عهدة المأخوذ مغیاة باداء نفس المأخوذ، و المنافع

---

(١) سنن البیهقی ج ۶ ص ٩٠- کنز العمال ج ۵ ص ٢٥٧.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ١٣۶

]...[

لتدرجها فی الوجود لا أداء لها بعد أخذها فی حد ذاتها.

و فیه: ان الغایة فی الخبر لیست اداء شخص ما اخذ، و الّا بقی الضمان فی صورة التلف و اداء العوض لعدم تحقق اداء الشخص، بل المراد به اعمّ من اداء الشخص و اداء العوض غایة الامر یکون بنحو الطولیة، و المنافع و ان لم یمکن ردّها الا انه یمکن ردّ عوضها.

و للروایة الشریفة الواردة فی الأمة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان أولدها المشتری، الدالة علی انه یأخذ الرجل ولده بالقیمة «١». فان الخبر یدل علی ضمان المنفعة المستوفاة، و مورده و ان کان هو البیع، الا ان ثبوت ضمان المنفعة فی البیع الفاسد الذی لا ضمان فی صحیحه للمنفعة، مستلزم لضمانها فی الاجارة الفاسدة بالأولویة.

و لصحیحة ابی ولاد المتقدمة: أری له علیک مثل کراء البغل ذاهباً من الکوفة الی النیل، و ذاهبا من النیل الی بغداد، و مثل کراء البغل من بغداد الی الکوفة و توفیه ایاه «٢» الحدیث.

و لقاعدة من اتلف، المستفادة من النصوص الواردة فی موارد خاصة، و جملة منها موارد العقود الاستیمانیة- کالوکالة و المضاربة و الرهن و غیرها- فانه حکم فیها بالضمان مع التعدی و التفریط، و جملة منها فی غیرها، مثل ما ورد فی القصار یخرق الثوب من قوله علیه السلام: فهو ضامن بما جنت به یده «٣» و غیره.

و أما الصورة الثانیة و هی عدم استیفاء المنفعة و فوتها تحت یده، فالظاهر هو ثبوت الضمان، لحدیث علی الید- بالتقریب المتقدم- و لقاعدة الاتلاف، فان حبس

(١) الوسائل باب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٣.

(٢) الوسائل- باب ١٧ من كتاب الاجارة حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٢٩- من ابواب الاجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٩، ص: ١٣٧

]...[

العين و منع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا.

و عن المحقق الخراساني ره الاستدلال له بان من آثار ضمان العين ضمان منافعها، فالدليل على ضمان العين دليل على ضمان منافعها.

و فيه اولا: ما عرفت من ان الاظهر عدم ضمان العين في المقام.

و ثانيا: انه ان اراد بذلك انه يصدق الاستيلاء و اليد على المنافع بالاستيلاء و اليد على العين، فهو يرجع الى ما ذكرناه من التمسك بحديث اليد. و ان اراد به ما ذكره بعض المحققين من ان اداء العين المجعول غاية للضمان لا يكون الا بادائها بمنافعها و فروعها، فيرد عليه: انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين، لما كان يجدى شمول الحديث للعين في ضمانها، فان الغاية اداء نفس ما يكون تحت اليد لا شيء آخر. و ان اراد به غير ذلك فعليه البيان.

و يشهد للضمان في الصورتين قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فان المنافع تضمن في الاجارة الصحيحة فتضمن في فاسدها ايضا.

و أما الصورة الثالثة فعدم الضمان فيها ظاهر.

ثمّ ان الشهيد قده استثنى من ذلك ما لو كان الفساد باشتراط عدم الاجرة في العقد، او عدم ذكرها فيه، لدخول العامل على ذلك.

و في محكى جامع المقاصد قال- بعد ما حكاه-: انه صحيح في العمل، اما مثل سكنى الدار التي يستوفيها المستأجر بنفسه، فان اشتراط عدم العوض انما كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمنه من التراضي، فحقه وجوب اجرة المثل، و مثله ما لو باعه على انه لا ثمن له. و اما لو كان مورد الاجارة منفعة الاجير، فيعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه شيئا ظاهر، لانه متبرع بالعمل، و هو المباشر لاتلاف المنفعة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٩، ص: ١٣٨

]...[

و وجه في المسالك عدم الضمان في المنفعة ايضا بانه يرجع في مثل ذلك الى العارية و ان عبّر عنها بلفظ الاجارة، لان التصريح بعدم الاجرة اقوى من الظهور المستفاد من لفظ الاجارة، و النص مقدم على الظاهر فيحكم بانه عارية، اذ هي لا تنحصر في لفظ، بل يكفي فيها كل ما دلّ على التبرع بالمنفعة.

و استدل لعدم الضمان فيها في الجواهر بقاعدة ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده، بناء على ارادة اشخاص العقود منها لا أصنافها، اذ لا ريب في عدم الضمان في المقام لو فرض صحة العقد المزبور، فكذا لا يضمن به على الفساد للقاعدة المزبورة.

و لكنّه يرد على ما افاده في الجواهر:

اولا: ان عموم العقود في القاعدة ليس افراديا، لان ظاهر قولهم: لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده، وجود الفردين فيما هو الموضوع لهذا الحكم، و لو حمل العام على الافراد تعيّن حمل الصحيح فيها على الفرض و التقدير، فيقال ان هذه الاجارة الفاسدة لو كانت

صحيحة كان يضمن بها، فكذلك فى هذا الفرض و هو خلاف الظاهر.

و ثانيا: ان القاعدة و عكسها انما هما فى صورة التلف، و لا تشملان صورة الاتلاف.

و أما ما افاده الشهيد الثانى ره فيرد عليه: ان عقد العارية الذى هو موضوع لاحكام خاصة، يعتبر فى انشائه ما يعتبر فى سائر العقود، فكما انه فى غيره لا يصح انشاء عقد بما وضع لعقد آخر فكذلك فى المقام.

و لكن يمكن ان ينتصر لما افاده الشهيد ره- و به يظهر ما فى جامع المقاصد- بوجهين:

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ١٣٩

و يصح اجارة المشاع

احدهما: ان ضمان المنافع لو كان فانما هو لقاعدة اليد، او لقاعدة الاتلاف، او لقاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده- بتقريب ان فى صحيح الاجارة ضمانا بالنسبة الى المنافع فكذا فى فاسدها- او للخبرين المتقدمين، و شىء من تلكم لا يشمل المقام:

اما الاولان فلانصراف حديث اليد و كذا من اتلف عن اليد المستندة الى التسليط المجانى و الاتلاف المبنى عليه، و لعل وجهه ان القاعدتين انما تكونان من القواعد العقلائية الممضاة شرعا لا من التعبدية الصرفة، و هى انما تكون لاجل احترام المال، و لا ريب فى سقوط الاحترام بتسليط المالك غيره مجانا.

و أما القاعدة الثالثة فمدركها اما الاجماع، او اقدام الأخذ على الضمان، او قاعدة اليد. اما الاجماع فغير ثابت فى المقام، اما الاقدام فالمفروض عدمه، و اما قاعدة اليد فقد عرفت حالها.

و أما الخبران فهما مختصان بصورة الشراء و الاجارة مع العوض.

فالمتحصل ان ما افاده الشهيد ره متين. نعم، لا بدّ و ان يقيّد ذلك بما اذا كان التسليط المشار اليه باقياً الى حين التلف او الاتلاف، فلو آجر داره بلا عوض و اعتقد صحتها، و لم يكن راضيا ببقائها تحت يده و لا يستردها لاعتقاد لزومها، لا إشكال فى الضمان فى صورة التلف و الاتلاف، لعموم قاعدتى اليد و الاتلاف، و عدم المخصص.

اجارة المشاع

الحادية عشرة: (و يصح اجارة المشاع) مطلقاً، استأجره من شريكه او غيره، و هو موضع وفاق كما فى المسالك، و تشهد به عمومات الكتاب و السنة اعمّ مما دل على امضاء

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ١۴٠

و يضمن الصانع ما يجنيه و ان كان حاذقا كالقصّار يخرق الثوب

العقود او خصوص الاجارة، و عدم القسمة لا يكون مانعاً بعد امكان استيفاء المنفعة بموافقة الشريك.

نعم، لا يسلم العين الا باذنه، و لو ابى رفع امره الى الحاكم. و لو استأجره بظن كونه مقسوماً فتبين الاشاعة، كان للمستأجر الخيار نظير خيار تبعض الصفقة. و على الجملة لا يعتبر فى صحة الاجارة وراء الامور التى قدمناها شىء، و لو شك فيه ينفى بالاطلاقات و الاصل، و لذا اشتهر بينهم ان كلما صح اعارته شرعاً من الاعيان المنتفع بها مع بقائها يصح اجارته، بل صرح بعدم الخلاف فى هذه الكلية غير واحد، و فى الجواهر الاجماع عليها، و مدركها الاطلاقات و العمومات.

و حيث انه قد مر فى تعريف الاجارة انها لنقل المنافع، و البيع لنقل الاعيان، و انه لا يصح استعمال احدهما فى مورد الآخر، فلا يصح اجارة ما لا يبقى بالانتفاع به فانه ليس انتفاعاً بالعين بل هو اتلاف لها، و لذلك اتفقت كلماتهم على ان كل ما لا يصح اعارته- و هو

کل ما لا یلازم الانتفاع به اتلافه- لا یصح اجارته. و ان شئت قلت: ان ما لا یبقی بالانتفاع به، و ان آجره و قصد بالاجارة نقله بنفسه فهو بیع لا- إجارة و الا- فلا- یجوز اتلافه، فلا منفعة له کی یملکها المؤجر فلا یصح اجارته، و لو تکلف فی صدق مفهوم الاجارة لا ریب فی انصراف الادلة عنه، و هو واضح لا سترة علیه.

الصناع ضامنون لما جنته ایدیهم

اشارة

الثانیة عشرة: و یضمن الصانع ما یجنیه و ان کان حاذقاً کالقصّار یخرق الثوب أو یتلفه و یحرقه، أو الحجام یجنی فی حجامته، او الختّان یختن فیسبق موساه

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۴۱

[...]

الی الحشفة أو یتجاوز حدّ الختان، و کذا الکحال و البیطار، مثل ان یحیف علی الحافر، او یفصد فیقتل، او یجنی ما یضر بالدابة و لو احتاط و اجتهد، من غیر فرق بین کون العمل فی ملکه او ملک المستأجر، و بین حضور ربّ المال او غیبته، بلا خلاف اجده فی شیء من ذلک بین المتقدمین و المتأخرین منا، کذا فی الجواهر.

و فی المسالک: اما الضمان فیما یتلف بیده فهو موضع وفاق، و لا فرق فی ذلک بین الحاذق و غیره، و لابین المختص و المشترک، و لابین المفرط و غیره.

و تنقیح القول فی المقام: انه یقع الکلام تارة فیما لو افسده، و اخری فی ما لو تلف فی ید الصانع لا بسببه من غیر تفریط و لا تعدّ.

اما المورد الاول، فتارة یبحث فیما تقتضیه القواعد، و اخری فیما تقتضیه النصوص الخاصة.

اما مقتضی القاعدة، فهو الضمان مع کون الخطأ من الصانع و سبق یده، و عدمه مع کون المحل غیر قابل، کما لو کان الطفل ضعیف المزاج و غیر محتمل للجرح، و الثوب عتیقا ینخرق بالقصارة.

اما الضمان فی الاول، فلعموم من اتلف الشامل للاتلاف عن قصد و عن غیر قصد الیه، لعدم کونه من العناوین القصدیة الصادق علی ما لو اوجد المتلف الجزء الاخیر من العلة التامة، و لو کان شرطاً من شروطه بل و معدّا من معداته، کما لو القاه فی النار المتولد منه الاحراق، فان الملقی لم یصدر منه فعل سوی ایجاد الشرط و هی الملاقاة للنار و یصدق علیه المتلف. و علی ما لو کان ذلک بغیر اختیاره، کالنائم یکسر کوز الغیر، و الحمّال یعثر فینکسر حمله، فانه بعثرته عن غیر اختیار کسر الحمل بغیر اختیار منه.

و أما عدم الضمان فی الثانی، فلیس من جهة عدم صدق الاتلاف کما توهم بل

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۴۲

[...]

هو صادق قطعا، بل من جهة ان الاتلاف المفروض من حیث کونه من لوازم العمل الذی استؤجر علیه، یکون مأذوناً فیه بالاذن فی ضمن الاجارة، و بعبارة اخری: ان استئجار الخیاط لقصارة الثوب العتیق الذی یخرق بالقصارة عادة، اذن له فی الخرق و الاتلاف عن اذن لا یوجب الضمان.

و أما الطبیب فان لم یکن مباشراً لا یکون ضامناً لانه لیس بمتلف، و ان کان مباشراً فحیث انه مأمور من قبل الشارع الاقدس بمعالجة المریض بما یراه علاجا، لا بما هو علاج واقعا و الا لانسد باب الطبابة، فاذن المریض أو ولیه فی العلاج اذن فی الاتلاف، فلا ضمان علیه.

و أما الثانی، و هو ما یستفاد من النصوص و هی کثیرة، کصحیح الحلبی- او حسنه- عن مولانا الصادق علیه السلام عن القصار یفسد، فقال علیه السلام: کل أجیر یعطی الاجرة علی ان یصلح فیفسد فهو ضامن «۱» و نحوه فی التضمن للکبری الکلیة نصوص اخر.

و خبر ابی الصباح عنه علیه السلام الثوب أدفعه الی القصار فیخرقه، قال علیه السلام: اغرمه، فانک انما دفعته الیه لیصلحه، و لم تدفعه الیه لیفسده «۲» و مثله فی التضمن للعلة اخبار اخر.

و قویّ السکونی عنه علیه السلام عن ابیه علیه السلام: ان علیاً علیه السلام ضمن ختانا قطع حشفة غلام «۳» و مثله فی التضمین فی مورد خاص بعض اخبار اخر.

و قویّة الآخر عنه علیه السلام، قال أمیر المؤمنین علیه السلام: من تطبب او تبیطر فلیأخذ البراءة من ولیّه و الّا فهو له ضامن «۴».

---

(۱) الوسائل باب ۲۹ من ابواب الاجارة حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۲۹ من ابواب الاجارة حدیث ۸.

(۳) الوسائل باب ۲۴ من ابواب موجبات الضمان من کتاب الدیات حدیث ۲. ۱

(۴) الوسائل باب ۲۴ من ابواب موجبات الضمان من کتاب الدیات حدیث ۲. ۱

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۴۳

]...[

و صحیح داود بن سرحان عنه علیه السلام فی رجل حمل متاعا علی رأسه، فاصاب انسانا فمات و انکسر منه، فقال علیه السلام: هو ضامن «۱».

و خبر زید بن علی عنه علیه السلام عن آبائه علیهم السلام فی حدیث: کل عامل مشترک اذا افسد فهو ضامن «۲». و فی المقام اخبار کثیرة اخر دالة علی الضمان، سیأتی طرف منها فی المورد الثانی.

فالظاهر موافقته لما قدمناه. اما النصوص المتضمنة للکبری و التعلیل، فلأنها تدلّ علی الضمان فی مورد قابل للاصلاح و الافساد، و ما لا یصلح للاصلاح یکون خارجا عن تحتها.

و أما خبر زید و ما بمضمونه من النصوص المطلقة الآتیة، فهی یقید اطلاقها لو لم تکن منصرفة الی صورة القابلیة للاصلاح و الافساد معا، بمفهوم التعلیل فی النصوص المتقدمة: و لم تدفعه الیه لیفسد، فانه یدل علی انه لو کان الدفع متمحضا بکونه للافساد فلا ضمان.

و أما قویّ السکونی الاول و ما بمضمونه من الاخبار الواردة فی الموارد الخاصة، فهی دالة علی الضمان مع الاتلاف فی مورد خطأ الصانع و سبق یده و ما شاکل.

و أما صحیح داود فعلی فرض کونه مما نحن فیه بعود الضمیر المجرور الی المتاع، یدل علی ما ذکرناه فی الحمال من شمول قاعدة الاتلاف لما اذا کان بغیر اختیار.

و أما خبر السکونی الثانی، فالظاهر ان المراد بأخذ البراءة من ولیه لیس

---

(۱) الوسائل باب ۱۰ من ابواب موجبات الضمان- من کتاب الدیات حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۳۰ من ابواب الاجارة حدیث ۱۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۴۴

[...]

البراءة عن الضمان- و الا اشکل بانه لا معنی لها قبل حدوث موجبه و الاذن فی الاتلاف نفسه او طرفه غیر جائز- بل المراد منها الاذن فی العلاج علی نحو لا ضمان معه.

و علی ذلک فالنصوص موافقة للقاعدة. نعم، مقتضی اطلاق خبر السکونی ثبوت الضمان علی الطبیب فی صورة عدم الاذن، و لو کانت الطبابة علی النحو المتعارف، و هو کونها بنحو الامر و توصیف الدواء و لم یکن الطبیب مباشرا.

عدم ضمان المتاع التالف تحت ید الأجیر

و أما المورد الثانی، و هو ما لو تلف المتاع تحت ید الأجیر لا بسببه من غیر تعد و لا تفریط، فالمشهور بین الاصحاب عدم الضمان، بل الظاهر انه لا خلاف فیه، و ما نقله الشهید الثانی بقوله: و قیل انه کذلک فی الضمان بل ادعی علیه المرتضی الاجماع، خطأ فی النقل، فان الظاهر ان خلاف المرتضی و اجماعه انما هو فی تصدیق دعواه التلف، و هو غیر مربوط بما نحن فیه من معلوم التلف فی یده بغیر تعد و لا تفریط. و کیف کان، فمقتضی القاعدة عدم الضمان، لکونه أمینا سلّطه المالک علی ماله، و قد مرّ عدم الضمان فی امثال ذلک.

و أما الإخبار الخاصة، فطائفة منها مطلقة دالة علی ضمان الصائغ اتلف المال او تلف تحت یده، کصحیح الحلبی- او حسنه- عن ابی عبد اللّه علیه السلام: کان أمیر المؤمنین علیه السلام یضمن القصار و الصائغ احتیاطا علی الناس، و کان أبی علیه السلام یتطول علیه اذا کان مأموناً «۱».

---

(۱) الوسائل باب ۲۹ من ابواب الاجارة حدیث ۴.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۴۵

[...]

و خبر یونس عن الامام الرضا علیه السلام عن القصار و الصائغ أ یضمنون؟ قال علیه السلام: لا یصلح الا ان یضمنوا «۱».

و خبر السکونی عن الامام الصادق علیه السلام: کان أمیر المؤمنین علیه السلام یضمن الصباغ و القصار و الصائغ احتیاطا علی أمتعة الناس «۲».

و طائفة ثانیة منها تدل علی عدم الضمان کذلک، کصحیح معاویة بن عمار عن ابی عبد اللّه علیه السلام عن الصباغ و القصار، فقال علیه السلام: لیس یضمنان «۳».

و طائفة ثالثة منها تدل علی الضمان مع الاتلاف، و عدمه مع التلف، کخبر بکر ابن حبیب عنه علیه السلام: لا یضمن القصار الا ما جنت یده، و ان اتهمته احلفته «۴».

و طائفة رابعة تدل علی التضمین مع التهمة، و عدمه مع عدمها، و هی کثیرة کصحیح ابی بصیر عنه علیه السلام: لا یضمن الصائغ، و لا القصار، و لا الحائک، الا ان یکونوا متهمین «۵» الحدیث، و نحوه غیره.

و المستفاد من هذه النصوص بعد ردّ بعضها الی بعض انه فی صورة الاتلاف یثبت الضمان، و فی صورة التلف لا ضمان مع کونه امینا، و کذا لو کان متهماً فاثبت التلف بالبیّنة او الحلف، و اما لو کان متهما و لم یثبت التلف فهو ضامن. و هذا کله علی وفق القاعدة، سوی عدم قبول دعوی التلف من الامین، و الاصل الذی أسّسه امیر المؤمنین علیه السلام فی هذا الباب هو ذلک لا الضمان فی صورة التلف، و لذا قال فی ذیل خبر

(١) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حدیث ٩.

(٢) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حدیث ۶.

(٣) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حدیث ١۴.

(۴) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حدیث ١٧.

(۵) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حدیث ١١.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ١۴۶

]...[

السکونی المتضمن لذلک الاصل: و کان علیه السلام لا یضمن من الغرق و الحرق و الشیء الغالب، و لا مانع من العمل بهذه الاخبار علی خلاف القاعدة، فلا یقبل قول الامین فی دعوی التلف مع کونه متهما.

ثمّ ان وظیفة مدعی التلف بحسب موازین باب القضاء هو اقامة البیّنة، و لکن المستفاد من هذه النصوص جواز تحلیفه و الاکتفاء بحلفه عن البیّنة، ففی خبر بکر المتقدم: و ان اتهمته احلفته، و فی خبره الآخر: ان اتهمته فاستحلفه، و فی صحیح ابی بصیر المتقدم: لا یضمن الصائغ، و لا القصار، و لا الحائک، الا ان یکونوا متهمین فیخوّف بالبیّنة و یستحلف، لعله یستخرج منه شیئا، فان ظاهره جواز کل من مطالبة البینة و الاستحلاف.

عدم ضمان صاحب الحمام

ثمّ ان فی المقام فرعین مناسبین:

احدهما: قالوا صاحب الحمام لا یضمن الثیاب الا اذا اودع و فرط او تعدی، و الظاهر انه لا خلاف فیه. و یشهد له خبر اسحاق بن عمار عن جعفر علیه السلام عن أبیه علیه السلام: ان علیا علیه السلام کان یقول: لا ضمان علی صاحب الحمام فیما ذهب من الثیاب، لانه انما أخذ الجعل علی الحمام و لم یأخذ علی الثیاب «١» و نحوه خبر ابی البختری «٢» و خبر غیاث بن ابراهیم عن ابی عبد اللّه علیه السلام: ان

(١) الوسائل باب ٢٨ من ابواب الاجارة حدیث ٣.

(٢) الوسائل باب ٢٨ من ابواب الاجارة حدیث ٢.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ١۴٧

]...[

امیر المؤمنین علیه السلام أتی بصاحب الحمام وضعت عنده الثیاب فضاعت فلم یضمنه، و قال علیه السلام: انما هو امین «۱».

و اورد علی هذه النصوص بان مقتضی الخبر الأخیر کون صاحب الحمام أمینا دائماً، و جعل ذلک علّة لعدم الضمان، و علّل ذلک فی الخبرین الاولین بانه لم یأخذ الجعل علی الثیاب، مع ان آخذ الجعل ایضا أمین لا یضمن بدون التفریط.

و فیه: ان الامین قسمان، امین عام، و امین خاص، اذ التأمین تارهٔ عقدی و هی الودیعهٔ، و اخری غیر عقدی و هی الامانهٔ بالمعنی الاعم، و هو مجرد تسلیط الغیر علی المال عن رضاه. و فی الاول یجب الحفظ، فلو ترکه و تلف فقد فرط فیکون ضامنا. و فی الثانی لا یجب الحفظ، اذ مع عدم الاستیداع من المالک الراجع الی الاستنابهٔ فی الحفظ، لا دلیل علی وجوب حفظ مال الغیر، فبترکه لا یکون مفرطا فلا ضمان.

و علیه فالخبران الاولان یدلان علی ان صاحب الحمام لم یأخذ الجعل علی الثیاب، فلا یکون الحفظ واجبا علیه، فلو ترک الحفظ و تلفت الثیاب لا تفریط فلا ضمان علیه. و الخبر الاخیر یدل علی انه أمین، و الامین کان عاما او خاصا لا ضمان علیه.

و بذلک یظهر انه لو استؤجر مع ذلک علی الحفظ، فتلفت الثیاب بترکه التحفظ ضمن. و هل یصحّ شرط الضمان بدون الاستئجار فیضمن مع التلف ام لا؟ وجهان تقدما، و عرفت ان الاظهر ذلک.

الثانی: فی الاستئجار علی حفظ الثیاب مطلقا، و قد ظهر مما اسلفناه ان مقتضی القاعدهٔ هو الضمان مع ترک التحفظ، و عدمه مع التلف السماوی، او ما غلب علیه

(۱) الوسائل باب ۲۸ من ابواب الاجارهٔ حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۴۸

[...]

کالسرقهٔ غیلهٔ مع کمال التحفظ. و اما الصحیح عن مولانا الصادق علیه السلام عن رجل استأجر اجیراً فاقعده علی متاعه فسرق، قال علیه السلام: هو مؤتمن «۱» فمحمول علی ما هو الغالب من السرقهٔ غیلهٔ و لو مع التحفظ.

استئجار الدراهم و الدنانیر

خاتمهٔ: فی بیان فروع باقیهٔ من الاحکام

[استئجار الدراهم و الدنانیر]

الاول: انه وقع الخلاف بین الاصحاب فی استئجار اشیاء لیس لها منفعهٔ مقصودهٔ للعقلاء، او ما له منفعهٔ مقصودهٔ و لکن استؤجر لغیر تلک المنفعهٔ- کاستئجار الدرهم و الدینار للتزیین، و استئجار التفاح للشم، و الطعام لتزیین المجلس و ما شاکل- و المشهور بینهم جواز ذلک، و خالف فی ذلک صریحا الحلی، و تردد فیه جماعهٔ.

و منشأ الاشکال- مع ان مقتضی الاطلاقات صحهٔ الاجارهٔ- امران:

احدهما: من ناحیهٔ عدم المنفعهٔ، نظرا الی ان منافع الاشیاء علی قسمین: منافع مقصودهٔ و هی ما یترقب من الاعیان- کسکنی الدار، و رکوب الدابهٔ، و اکل التفاح، و صرف النقود فی التکسب- و منافع غیر مقصودهٔ- کشم التفاح، و التزیین بالنقدین، و ما شاکل- و مناط صحهٔ الاجارهٔ کون العین ذات منفعهٔ عقلائیهٔ و تعلق الاجارهٔ بها لذلک، و الّا فتکون الاجارهٔ غیر عقلائیهٔ و سفهیهٔ و باطلهٔ.

و فيه: انه لا ـ إشكال فى ان الاجارة لتمليك المنفعة و مع عدمها لا إجارة، و لكن اعتبار كون المنفعة من المنافع المقصودة العقلائية مما لا شاهد به. و دعوى ان الاجارة

---

(١) الوسائل باب ٢٨ من ابواب الاجارة حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ١٤٩

[...]

حينئذ سفهية يدفعها:

اولا: ان تعلق غرض عقلائى بالمنفعة غير كونها مقصودة عند العقلاء، اذ قد يتعلق الغرض بالمنفعة غير المقصودة، و المخرج للاجارة عن السفهائية هو تعلق غرض عقلائى بها، لا كون المنفعة مقصودة عند العقلاء.

و ثانيا: انه لا دليل على بطلان المعاملة السفهائية، اذ الدليل دلّ على بطلان معاملة السفيه «١» و اما معاملة الكامل السفهائية فهى باقية تحت الاطلاقات و العمومات.

الثانى: ان مناط مالية الاشياء هى منافعها المقصودة للعقلاء، فما لا منفعة مقصودة للعقلاء فيه لا يكون مالا عندهم، كما ان المنفعة غير المقصودة لهم ليست بنفسها مالا ـ و يعتبر فى البيع و الاجارة و غيرهما من المعاوضات كون مورد المعاملة مالا كما هو واضح، فمع كون المنفعة غير مقصودة للعقلاء لا تكون مالا فلا يصح تمليكها بعوض.

و فيه: انه لم يدل دليل على اعتبار كون ما يقع مورد الاجارة مالًا، اذ ربما يبذل الاجرة بازاء شىء غير مال، لغرض عقلائى مترتب على الانتفاع بالعين الذى لا يحصل الا ببذل العوض، مع ان للمنع عن كون المنفعة غير المقصودة للعقلاء غير مال مجالا واسعا. فالاظهر هو صحة الاجارة فى هذه الموارد.

عدم لزوم اتصال المدة بالعقد

الثانى: المشهور بين الاصحاب انه لا يشترط فى الاجارة اتصال مدتها بالعقد،

---

(١) النساء آية ٧- الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الحجر.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ١٥٠

[...]

فيجوز ان يؤجر داره شهراً متأخراً عن العقد بشهر أو سنة، سواء كانت مستأجرة فى ذلك الشهر الفاصل ام لا، و عن الشيخ و ابى الصلاح اعتبار ذلك.

و استدل لاعتباره بمنافاة الانفصال للقدرة على التسليم، و هى كما مر شرط فى صحة العقد، و المعتبر منها القدرة الفعلية كما هو مقتضى الاصل فى الشرط، فان مقتضاه مقارنة الشرط لمشروطه.

و بان العقود و الانشاءات علل للاحكام، فيلزم الاتصال لئلا يلزم تخلف المعلول عن علته.

و بان استحقاق التسليم من احكام العقد و مقتضياته و هو لا يجامع الانفصال، فالانفصال مناف لمقتضى العقد.

و لکن الاول مخدوش بان مدرک اعتبار القدرة علی التسلیم لزوم الغرر مع عدمها، و لازم ذلک اعتبار القدرة علیه فی ظرفه لا حین العقد.

و الثانی یندفع بان المعلول هو الملکیة لا المملوک، و لا محذور فی الالتزام بفعلیة الملکیة و تأخر المملوک، مع ان المنفعة یقدر وجودها بوجود العین فالمملوک ایضا لیس متأخرا، اضف الیه ان المنشأ اذا کان امرا علی تقدیر لا بدّ و ان یتحقق کذلک، و الا لزم تخلف المنشأ عن انشائه، و هو علی حدّ تخلف المعلول عن علته.

و یرد علی الثالث ما تقدم من ان استحقاق التسلیم من مقتضیات سلطنة الناس علی اموالهم لا من مقتضیات العقد، مع انه ان کان من مقتضیاته لا یکون العقد مقتضیا لاستحقاقه مطلقا بل علی حسب حال الملک، فان کان المملوک متأخرا کان استحقاق التسلیم ایضا متأخراً.

فالاظهر عدم اعتبار ذلک. و علیه فهل یصح اجارة الشیء فی مقدار من الزمان علی نحو الکلی فی المعین بلحاظ قطعات الزمان- کإجارة الدار شهرا من هذه السنة

[...]

- أم لا تصح؟ و الحق ان یقال: انه ان لم تکن قطعات الزمان مختلفة بلحاظ المالیة من حیث الصیف و الشتاء او من جهات اخر، صح العقد و إلّا بطل للزوم الغرر.

ثمّ انه لو آجر داره شهرا انصرف الاطلاق الی الاتصال بالعقد و الا بطل

کراهة استعمال الأجیر قبل مقاطعته علی الاجرة

الثالث: قالوا یکره استعمال الاجیر قبل ان یقاطع علی الاجرة، و عن غیر واحد انه لا خلاف فی الجواز و الکراهة. و ینبغی أولًا تعیین مورد الحکم ثمّ ذکر دلیله.

اما الاول، فالظاهر ان مورده لیس هو الاجارة القولیة او المعاطاتیة فی الموارد التی لیس للعمل اجرة عادیة- لاستلزام عدم المقاطعة حینئذ جهالة الاجرة و هی توجب البطلان فلا معنی للکراهة- و لا الإجارة فی المورد الذی یکون له اجره عادیة فانه کالمذکور کما فی الالتزامات الضمنیة، بل الظاهر ان مورده العمل بعوض الذی هو معاملة مستقلة قامت السیرة القطعیة علیها، نظیر الاباحة بالعوض التی تقدم الکلام فیها و فی الدلیل علی مشروعیتها الجاری فی العمل بعوض.

و أما الثانی، فیشهد به صحیح «۱» سلیمان بن جعفر الجعفری: ان مولانا الرضا علیه السلام ضرب غلمانه و غضب غضبا شدیدا، حیث استعانوا برجل فی عمل و ما عیّنوا له اجرته، فقال له سلیمان: جعلت فداک، لم تدخل علی نفسک؟ فقال علیه السلام: انی قد نهیتهم عن مثل هذا غیر مرة، الی ان قال: و اعلم انه ما من أحد یعمل لک شیئا بغیر مقاطعة ثمّ زدته لذلک الشیء ثلاثة اضعاف علی اجرته الا ظنّ انک قد

---

(۱) الوسائل باب ۳ من ابواب الاجارة حدیث ۱.

[...]

نقصته اجرته، و اذا قاطعته ثمّ اعطیته اجرته حمدک علی الوفاء، فان زدته حبّة عرف ذلک لک و رأی انک قد زدته و نحوه غیره «۱».
و الصحیح بنفسه ظاهر فی الجواز، نظراً الی ما ذکره علیه السلام تعلیلا للنهی، مضافاً الی السیرة و عدم الخلاف.

[کراهة اضمان الاجیر الا مع التهمة]

الرابع: قد ذکر فی جملة من الکلمات فی احکام الاجارة انه یکره ان یضمن الاجیر الا مع التهمة، و قد مر موارد ضمان الاجیر و عدم ضمانه، فان کان المراد مورد عدم الضمان فالتضمین حرام غیر جائز، و ان کان المراد مورد الضمان فلا دلیل علیه، لانهم استدلوا له بالنصوص «۲» الناهیة عن التضمین مع عدم التهمة، و قد مر ان مفاد تلک النصوص عدم الضمان الا مع التهمة.
نعم، یمکن ان یقال: بان الاولی عدم التضمین فی موارد الاتلاف التی عرفت ثبوت الضمان، لما روی عن الفقیه مرسلا، قال الامام الصادق علیه السلام: کان ابی علیه السلام یضمن الصائغ و القصار ما افسدا، و کان علی بن الحسین علیهما السلام یتفضّل علیهم «۳» و قریب منه غیره. و ظاهر التفضل ان الضمان ثابت، و لکن کان بنائه علیه السلام علی عدم التضمین و الابراء، و نفس التعبیر بالتفضل ظاهر فی استحبابه لا لزومه، و هو و ان لم یختص بصورة عدم التهمة الا انه یمکن ان یکون التقیید به، لما فی خبر آخر: کان ابی علیه السلام یتطوّل علیه اذا کان مأموناً «۴» فتدبر. و علی ما ذکرناه فالاولی التعبیر باستحباب الابراء و عدم التضمین لا کراهته.

---

(۱) الوسائل باب ۳ من ابواب الاجارة حدیث ۲- ۳.

(۲) الوسائل باب ۳۰- من ابواب الاجارة.

(۳) الوسائل باب ۲۹ من ابواب الاجارة حدیث ۲۰.

(۴) الوسائل باب ۲۹ من ابواب الاجارة حدیث ۴.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۵۳
[...]

وجوب سقی الدابة المستأجرة و علفها

الخامس: ذهب جماعة الی انه یجب علی المستأجر سقی الدابة و علفها، و حینئذ فلو اهمل ضمن، و هو المحکی عن الشیخ فی النهایة و الحلی فی السرائر و المصنف فی الارشاد و المحقق فی الشرائع و غیرهم فی غیرها، و عن التذکرة و التحریر و المختلف و اللمعة و الحواشی و التنقیح و ایضاح النافع و جامع المقاصد و المسالک و غیرها وجوبها علی المالک، و قد یقال انه لا تنافی بین القولین.
فالکلام فی موردین:
الاول: فی وجوب ذلک علی المستأجر.
الثانی: فی الرجوع بعوض ما بذله علی المالک.
اما الاول، فلا اشکال فی ان وجوبها علیه لیس من باب وجوب حفظ النفس و المال المحترم، لان النفس غیر المحترمة و المال المحترم للغیر لا یجب حفظهما، و لذا لا یجب التقاط الحیوان و لو خاف علیه التلف، و انما یجب الحفظ علی المالک من باب

وجوب نفقـة المملوك علی مالکه، کما انه یجب حفظ الحیوان بعـد الالتقاط من جهة کونه امانة شـرعیة. و ایضا لیس ذلک من جهة الامانـة، لما تقـدم من انها قسـمان: امانـة ثابتـة بالعقـد کالودیعة، و امانة ثابتة بالتسـلیط عن الرضا، و فی القسم الاول یجب الحفظ لان حقیقتها الاستنابة فی الحفظ و لیس کذلک فی القسم الثانی.

فان قیل: انه یجب الحفظ فی القسم الثانی ایضا، لانه لو لم یحفظ یصدق التفریط و التعدی و یکون ضامنا حینئذ.

قلنا: ان صدق التفریط متوقف علی وجوب الحفظ، و لو کان وجوب الحفظ متوقفا علیه لدار، بل الظاهر ان مدرکه الشـرط الضمنی، و لکنه یختص بما اذا دفعه المالک الی المستأجر من دون ان یکون هو او عملته او اکرته مع الدابة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۵۴

]...[

و امـا الثـانی: فالظاهر جواز الرجوع علی المالک، لمفهوم التعلیل فی صـحیح ابی ولاد المتقـدم، قال قلت: قـد علفته بـدراهم فلی علیه علفه؟ قال علیه السلام: لا، لانک غاصب «۱» فان المفهوم منه ان غیر الغاصب له الرجوع بما انفق علی الدابة.

ثمّ انه فیما یجب علیه البـذل لو ترکه فتلف، هل یکون ضامنا؟ الظاهر ذلک، لصـدق التعـدی و التفریط، و یسـتفاد ذلک من النصوص الدالـة علی الضـمان مع تجـاوز الشـرط، لاحظ صـحیح الحلبی عن الامام الصادق علیه السـلام عن رجل تکاری دابـة الی مکان معلوم فنفقت الدابة، قال علیه السـلام: ان کان جاز الشـرط فهو ضامن، و ان دخل وادیا لم یوثقها فهو ضامن، و ان سقطت فی بئر فهو ضامن لانه لم یستوثق منها «۲».

و صـحیح علی بن جعفر عن اخیه علیه السـلام عن رجل استأجر دابة فاعطاها غیره فنفقت ما علیه، قال علیه السلام: ان کان شرط ان لا یرکبها غیره فهو ضامن لها، و ان لم یسم فلیس علیه شیء «۳» و نحوهما غیرهما.

و هـذه النصوص تدل علی الضـمان من وجهین: احدهما- تضـمّنها ان التلف مع تخلف الشـرط موجب للضـمان. ثانیهما- دلالتها علی الضمان مع عدم الاستیثاق، الظاهر لزومه بمقتضی الشرط الضمنی. فلا اشکال فی الضمان.

---

(۱) الوسائل باب ۱۷- من ابواب الاجارة حدیث ۱-.

(۲) الوسائل باب ۱۷- من ابواب الاجارة حدیث ۳.

(۳) الوسائل باب ۱۶ من ابواب الاجارة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۵۵

]...[

حکم نفقة الأجیر

السـادس: المشـهور- کمـا عن اللمعـة- انه من اسـتأجر أجیراً لینفـذه فی حوائجه کـانت نفقته علی المسـتأجر الا ان یشترط کونها علی الاجیر. و عن جماعة عدم الوجوب، بل المصنف ره فی محکی التذکرة نقل عن بعضهم عدم الخلاف فیه ساکتا علیه.

و مقتضـی القاعدة عدم الوجوب، لان الاجارة لا تقتضی سوی کون عمل الاجیر للمستأجر بازاء الاجرة المعینة، الا اذا کان هناک عادة مستقرة علی کون نفقة الأجیر علی المسـتأجر، و یکون ذلک حینئذ من قبیل الشـرط الضـمنی فتجب لذلک، و ان کان فیه اشکال من

جهة جهالة الشرط، و لذا قال فی المسالک- بعد حکمه بوجوبها مع الشرط-: و حیث یشترط علی المستأجر فلا بد من بیان قدرها و وصفها، و لکن عن التذکرة عدم الضرر فی جهالة النفقة، لانها من التوابع حینئذ کأسّ الجدار.

و کیف کان، فقد استدل للوجوب بالصحیح الی سلیمان بن سالم، قال: سالت ابا الحسن علیه السلام عن رجل استأجر رجلا بنفقة و دراهم مسماة علی ان یبعثه الی ارض، فلما ان قدم اقبل رجل من اصحابه یدعوه الی منزله الشهر و الشهرین فیصیب عنده ما یغنیه عن نفقة المستأجر، فنظر الاجیر الی ما کان ینفق علیه فی الشهر اذا هو لم یدعه فکافأه به الذی یدعوه، فمن مال من تلک المکافأة أ من مال الاجیر أو من مال المستأجر؟ قال علیه السلام: ان کان فی مصلحة المستأجر فهو من ماله، و الا فهو علی الاجیر «١» الحدیث، بتقریب انه یدل علی ان البقاء عنده ان کان فی الاشتغال

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب الاجارة حدیث ١.

]...[

بالعمل الذی فیه صلاح المستأجر فهو مستحق للنفقة، فما دفعه عوضاً عنها محسوب علیه، و الا فلا نفقة فما دفعه علی نفسه.

و فیه: اولا: ان استحقاق النفقة مفروض فی السؤال، اما بعنوان الجزئیة کما هو الظاهر منه حیث جعلها فی عرض الدراهم المسماة واقعا علیهما عقد الاجارة، و اما بعنوان الشرطیة کما هو المتعارف، و انما عبّر عنه فی الخبر کذلک لتعارف امثال هذه العبارة فیما کان مأخوذاً فی العقد و لو بنحو الشرطیة. و لا یتوهم بطلان الاجارة حینئذ للجهالة، فانه یندفع بانه یمکن رفع الجهالة بالتوصیف و التقدیر و لو بالتقدیر فی المالیة، کما اذا جعل نفقة بمقدار عشرة دراهم فی کل یوم مثلا.

فان قیل: انه اذا کان وجوب النفقة مفروضا، فما وجه السؤال؟.

قلنا: ان وجهه ان ما یستحقه علی المستأجر النفقة الفعلیة فلا یعمّ ما یکافأ به، ام مقدار النفقة فما کافأ به یکون محسوبا علی المستأجر، فاجاب علیه السلام بان البقاء ان کان لمصلحة المستأجر و للعمل له فهو مستحق للنفقة و یحتسب ما کافئ به علی المستأجر، و یستکشف منه ان المستحق مقدار النفقة و ان کان لا عمل للمستأجر فی تلک المدة، فلا یستحق النفقة حتی یحتسب ما کافأ به علی المستأجر، فالسؤال عن حکم واحد، و فی الجواب زاد علی بیان المسئول عنه حکما آخر.

و ثانیا: انه من الجائز عدم کون الجواب مربوطا بالنفقة، و یکون المراد به ان المکافأة المفروضة ان کانت مصلحة للمستأجر کانت من المال المصروف فی مصالحه فتحتسب علیه، و الّا کانت احسانا من الاجیر، بل ربما یقال ان هذا المعنی اقرب الی المفهوم من العبارة.

و ربما یستدل له بما فی ذیل الخبر المتقدم، قال: و عن رجل استأجر رجلا بنفقة مسماة و لم یفسر شیئا علی ان یبعثه الی ارض اخری، فما کان من نفقة الاجیر من

]...[

غسل الثیاب او الحمام فعلی من؟ قال علیه السلام: علی المستأجر. و تقریب الاستدلال به انه یدل علی استحقاق مثل اجرة غسل الثیاب و الحمام، فالمآکل و الملابس اولی بذلک.

و فیه: ان المفروض فیه اصل النفقة، و انما السؤال عن شمول النفقة المفروضة غیر المفسرة و لا المفصلة للوازم السفر، فاجاب علیه السلام عن الشمول ببیان اللازم و هو کونه علی المستأجر.

نعم یبقی حینئذ اشکال علی الخبر، و هو ان الظاهر من الخبر کون النفقة اجرة او جزء منها، و المفروض فیه ایضاً انها مجملة غیر مفسرة بشیء، و مع ذلک حکم علیه السلام بصحة الاجارة مع انه یعتبر فی صحة الاجارة معلومیة الاجرة، فان صح سند الخبر و لم یعرض الاصحاب عنه، یتعیّن الجواب عنه بان عدم مضریة جهالة النفقة لعله من جهة کونها من التوابع کأس الجدار و ما شاکل. فالمتحصل مما ذکرناه انه لا یجب علیه نفقته.

اجارة الصغیر زائدا علی زمان صغره

السابع: اذا آجر الوصی أو الولی الصبی المولی علیه او املاکه مدة تزید علی زمان بلوغه و رشده، فالمشهور بینهم بطلان الاجارة فی المتیقن بلوغه فیه.

و انما الخلاف بینهم بالنسبة الی المحتمل، و نخبة القول فی ذلک: انه لا إشکال فی ان المنافع المستقبلة للاملاک مملوکة بالفعل لاربابها، و انما المتأخر ذات المملوک لا ان الملکیة متدرجة کتدرج المنفعة، و لذا یصح تملیکها بالغیر باجارة و نحوها. و علی ذلک فلو آجر الولی او الوصی اموال الصبی مدة تزید علی زمان بلوغه، فقد آجر ما یملکه

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۵۸

[...]

الصغیر بالفعل لاما یملکه فی زمان کبره حتی یقال انه لا یکون ولیا فیها، الا ان الکلام فی ثبوت عموم ادلة الولایة بنحو یشمل مثل هذه التصرفات، و الظاهر عدمه و لو بواسطة مناسبة الحکم و الموضوع، فانه انما جعل الولی للصبی لئلا یفوت علیه ما یتعلق به فی زمان صغره، و علی ذلک فتبطل الاجارة لقصور ادلة الولایة.

و اولی بعدم الصحة من ذلک اجارة نفسه، فانها تزید علیه بعدم کون الحر مالکا لمنافع بدنه، بل له السلطنة علی نفسه کما له السلطنة علی تملیک کلی فی ذمته، و الولی یقوم مقام الصغیر فی هذه السلطنة، و لا دلیل علی سلطنته علیه بتملیک منافعه المصادفة لزمان کبره.

و بعبارة اخری: ان الثابت بالدلیل- بعد عدم کون منافع بدنه مملوکا له- ان للولی او الوصی السلطنة علی تملیک منافع الصغیر، فالمنافع المصادفة لزمان الکبر خارجة عن تحت دلیل السلطنة، لعدم کونها منافع الصغیر. فعلی هذا اذا آجره او املاکه مدة تحتمل الزیادة عن زمان بلوغه صح ظاهر الاستصحاب عدم البلوغ، و لو اتفق البلوغ فیه فالظاهر انکشاف بطلانها واقعا بمعنی عدم الصحة بدون الاجازة.

و عن الخلاف الحکم بالصحة، معللا بان الاجارة وقعت من اهلها و فی محلها فی وقت لم یعلم لها مناف، فتستصحب.

و یرده: انه و ان کانت الاجارة حین الوقوع کان فی وقت لم یعلم لها مناف، و لکنه بانکشاف البلوغ ینکشف مصادفتها فی المدة المصادفة للبلوغ مقرونة بالمانع، و مع احراز ذلک لا معنی للاستصحاب.

ملک ما یحوزه الأجیر للمستأجر

الثامن: لا إشکال فی انه یجوز الاستئجار لحیازة المباحات، انما الکلام فی انه

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۵۹

[...]

لو استأجر لها، فهل يملك المستأجر ما حازه ام لا؟.

و ملخص القول فيه: انه تارة يجوز الاجير للمستأجر، فالظاهر انه لا إشكال فى صيرورته ملكاً له، لا من جهة الاجارة بل من جهة ان المرتكز فى اذهان العرف كون الحيازة من العناوين القابلة للنيابة و الوكالة، و هو المعيار المائز بين ما تدخله النيابة و الوكالة و ما لا تدخلاه، بل قد يقال ان التسالم على كون القبض مما تدخله النيابة فى كل مورد كان موضوعا لحكم شرعى، يقتضى البناء عليه هنا لانها من انواعه و انحائه، و على الجملة لا ينبغى التوقف فى ان هذا العنوان كعناوين العقود و الايقاعات قابل للنيابة و الوكالة، فحينئذ ان حاز الأجير للمستأجر و نيابة عنه ملك المستأجر ما يحوزه.

و اخرى يحوز الاجير لنفسه لا للمستأجر، فمقتضى ما دل على ان من حاز ملك- و ان لم اظفر بما تضمن هذه العبارة، الا ان بمضمونها رواية و هى ما تضمن قول امير المؤمنين عليه السلام: للعين ما رأت و لليد ما اخذت «١» و قريب من هذا المضمون غيره- هو كونه ملكاً للأجير لا للمستأجر.

و قد استدل لصيرورته ملكاً للمستأجر بعقد الاجارة بوجوه:

احدها: ما افاده صاحب الجواهر ره، و هو ان حيازة الأجير حيازة المستأجر، و يده على المباح يد المستأجر، من جهة ان حيازته على المفروض مملوكة له، فنية الخلاف من الاجير كنية التملك من احد بالنسبة الى ما حازه غيره.

و فيه: ان الاجارة انما توجب ملكية الحيازة و لا توجب استناد الحيازة اليه، و الدليل دل على ان ما يحوزه الحائز لمن تستند اليه الحيازة لا لمن هو مالك للحيازة،

(١) الوسائل- باب ٣٨ من ابواب الصيد- من كتاب الصيد و الذباحة.

و الفرق ظاهر، بل لو كانت الحيازة مستندة اليه لم تكن كافية فى الملكية، فان الحيازة ليست سببا قهريا للتملك بحيث يملك الحائز ما حازه و ان لم يكن ذلك عن قصد- كحيازة النائم و شبهه- و عليه فالاجير لا يملك ما حازه لعدم كون الحيازة مستندة اليه بل الى المستأجر، و المستأجر لا يملكه لعدم قصد التملك له.

ثانيها: ما عن بعض الأجلة، و هو كون الحيازة موجبة لملك مالك الحيازة قهرا، و هى من الاسباب الشرعية القهرية، فالمستأجر يملك ما حازه الاجير لكون الحيازة له.

و فيه: انها لو كانت من الاسباب القهرية مع انه ممنوع، فهى سبب لملكية من انتسب اليه الحيازة و هو الاجير، و حينئذ ان لم نعتبر ملكية الحيازة يملكه الأجير و الا فلا يملكه المستأجر و لا الأجير، اما الاول فلعدم الاستناد، و اما الثانى فلعدم الملكية.

ثالثها: ان ملكية ما حازه من آثار و منافع الحيازة، فتتبع ملكية الحيازة.

و فيه: ان ملكيته من آثار نفس الحيازة المنتسبة الى الحائز لا من آثار ملكيتها، كما يظهر من ادلة مملكية الحيازة. فالاظهر عدم صيرورته ملكا للمستأجر، و الحمد للّه اولا و آخرا.

المزارعة

الفصل الثانى: فى المزارعة و المساقاة

اشارة

اما المزارعـة فهی لغـة مفاعلـة من الزرع، و قـالوا شـرعا هی معاملـة علی الارض بحصـة من حاصـلها، و لعل تحقق المعنی اللغوی فیها باعتبار مباشرة احدهما و امر الآخر. و کان، فلا اشکال فی ان هذا التعریف من قبیل شرح الاسم.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۶۱

[...]

و قـد وقع الکلام فی ماهیتها، و انها هل تکون من سـنخ المشارکات او المعاوضات، و علی الثانی فهل هی تملیک تمام منفعة الارض من الزارع بحصـة من الحاصـل فیمـا اذا کـان البـذر من الزارع، و تملیک الزارع تمام عمله من المالک بحصـة منه فیما کان البـذر من المالک، ام هی تملیک حصة من منفعة الارض من الزارع بحصة من عمله مع اشتراط کون الحاصل بینهما بنسبة الحصتین، فتکون من اجارة الارض بالعمل مطلقا علی الاخیر، و من اجارة الارض تارة و اجارة النفس اخری علی ما قبله؟ وجوه.

الظـاهر هو الاول، فـانه لاـ ریب فی ان هـذه المعاملـة معاملـة عقلائیـة و قـد امضاهـا الشـارع الاقـدس، و اعتبر فیها اموراً کما فی سائر الامضائیات، و اذا راجعنا اهل العرف نراهم لا یخطر ببالهم اجارة الارض او النفس، و لـذا تصـح المزارعـة مع عـدم کون الارض ملکا للمزارع بل کان مالکا للانتفاع بها کما سیمر علیک.

و لعله یشـیر الی ذلک خبر یعقوب بن شعیب عن مولانا الصادق علیه السلام، قال: و سألته عن المزارعة، فقال علیه السلام: النفقة منک و الارض لصاحبها، فما اخرج اللّه من شیء قسم علی الشطر «۱» الحدیث.

و خبر الکرخی عنه علیه السـلام، قـال: قلت له: اشـارک العلـج فیکون من عنـدی الارض و البـذر و البقر، و یکون علی العلـج القیام و السـقی و العمل فی الزرع حتی یصیر حنطة او شعیراً، و تکون القسمة فیأخذ السلطان حقه، و یبقی ما بقی علی ان للعلج منه الثلث ولی البـاقی، قال علیه السـلام: لا بأس بـذلک. قلت: فلی علیه ان یردّ علیّ مما اخرجت الارض البـذر و یقسّم ما بقی؟ قال علیه السـلام: انما شارکته علی ان البذر من عندک، و علیه السقی و القیام «۲» و قریب منهما غیرهما.

---

(۱) الوسائل باب ۱۰ من ابواب المزارعة حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۱۰- من ابواب المزارعة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۶۲

[...]

و اما الدلیل علی مشروعیة هذه المعاملة فامور:

۱- انها معاملة عقلائیة لم یردع الشارع الاقدس عنها، و ذلک کاشف عن امضائه ایاها.

۲- العمومات الدالـة علی امضاء کل عقد، مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۱» و آیة التجارة عن تراض «۲» و نحوهما، فانها بعمومها و اطلاقها تدل علی امضاء کل معاملة عقلائیة منها هذه المعاملة.

۳- جملة من النصوص الخاصة الواردة فیها و فی المساقاة البالغة حد التواتر، و سیأتی طرف منها فی طی المباحث الآتیة.

بل ادعی بعض المحققین انها مستحبة، و استدل له بما دل علی استحباب الزراعة «۳» بدعوی کونها اعمّ من المباشرة و التسبیب.

و لکن یرد علیه ان غایة ما یستفاد من هذه النصوص کون الزراعة مستحبة فی نفسها، و لا تدل علی استحباب التکسب بها.

و أما ما رواه زید بن ثابت: نهی النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم عن المخابرة. قلت: و ما المخابرة؟ قال صلّی اللّه علیه و آله: ان تاخذ الارض بنصف او بثلث او بربع «۴» فلا بد و ان یحمل علی ما لا ینافی النصوص المتقدمة، مع الإغماض عن ضعف سنده، و الا فللاعراض عنه و معارضته لما تقدم لا بدّ من طرحه، کیف و قد استفاضت النصوص بان رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله قبل خیبر اعطاها الیهود حین فتحت

---

(۱) المائدة آیة ۲.

(۲) النساء آیة ۲۹.

(۳) الوسائل باب ۳- من ابواب المزارعة و المساقاة.

(۴) التذکرة ج ۲ ص ۳۳۷- کتاب المزارعة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۶۳

[...]

بالنصف «۱».

ثمّ ان الشهید الثانی قده افاد فی المسالک انه لا بدّ من کون الارض ملکاً لاحدهما عیناً او منفعة، لانه المستفاد من حقیقة المزارعة و صیغتها، فلا تشرع المزارعة فی الارض الخراجیة بلا حیلة من الحیل الشرعیة، ثمّ ذکر جملة من تلک الحیل. و هذا بظاهره ظاهر الفساد اذ- مضافا الی ما مر من ان المزارعة حقیقتها من المشارکات و لیست من قبیل اجارة الارض کی تتوقف علی کونه مالکا لها او لمنفعتها، و بناء العقلاء و اطلاقات المزارعة ینفیان اعتبار ذلک- یشهد لعدم اعتباره جملة من الاخبار الخاصة، لاحظ:

صحیح یعقوب بن شعیب عن الصادق علیه السلام عن الرجل یکون له الارض من ارض الخراج، فیدفعها الی الرجل علی ان یعمرها و یصلحها و یؤدی خراجها و ما کان من فضل فهو بینهما، قال علیه السلام: لا بأس «۲».

و صحیح الحلبی عنه علیه السلام فی حدیث عن مزارعة اهل الخراج بالربع و الثلث و النصف، قال علیه السلام: نعم، لا بأس به «۳» و نحوهما غیرهما.

و لذلک تصدی جماعة لتوجیه کلامه و حملوه علی ارادة انه اذا لم یکن لاحدهما جهة اختصاص بالارض و لم یکن له فیها حق لا یجوز المزارعة و هو واضح، و مراده من الارض الخراجیة هی ما للمسلمین قاطبة و لا یکون له فیها جهة اختصاص.

و کیف کان، فالاظهر صحة المزارعة مع ثبوت حق للمزارع فی الارض، کانت

---

(۱) الوسائل باب ۸ و ۹ و ۱۰ من ابواب المزارعة- و المستدرک باب ۶ منها.

(۲) الوسائل باب ۱۰ من ابواب المزارعة حدیث ۲.

(۳) الوسائل باب ۸- من ابواب المزارعة حدیث ۸.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۶۴

و هما عقدان لازمان لا یبطلان الا بالتفاسخ

ملکا له، او کان له منافعها، او الانتفاع بها، او حق الاولویة فیها. نعم، اذا لم یکن له حق فیها لا تصح المزارعة، فلا تجوز المزارعة فی الموات مع عدم تحجیر او سبق او نحو ذلک، لفقد تسلط احدهما علی الارض الذی هو رکن فی المزارعة و بدونه لا معنی للمشارکة.

نعم، تصح الشرکة فی زراعتها مع اشتراک البذر، او باجارة احدهما للآخر فی مقابل البذر او نحو ذلک، لکنه لیس من المزارعة المصطلحة.

و أما المساقاة فهی معاملة علی اصول ثابتة بحصة من ثمرها، و لا إشکال و لا خلاف فی مشروعیتها. و یشهد لها- مضافا الی الإجماع، و إلی انها معاملة عقلائیة لم یردع عنها الشارع الاقدس- جملة من الاخبار الخاصة، کخبر یعقوب بن شعیب عن ابی عبد اللّه علیه السلام عن رجل یعطی الرجل ارضه و فیها رمان او نخل او فاکهة، و یقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لک نصف ما اخرج، قال علیه السلام: لا بأس «۱». و طائفة من الاخبار الواردة فی قصة خیبر «۲»، فانه و ان لم یکن تصریح فیها بالمساقاة الا انها دالة علیها صریحا و ظاهرا.

و حیث انه لیس فی الادلة لفظ المساقاة، فلا یهمنا البحث فی مفهوم هذا اللفظ. و اما المعاملة الخاصة فالظاهر کونها کالمزارعة من قبیل المشارکات، و ما ذکرناه فی المزارعة جار هنا.

و هما ای المزارعة و المساقاة عقدان لازمان لا یبطلان الا بالتفاسخ بلا خلاف. اما کونهما من العقود اللازمة فلعموم ما دل علی ان الاصل فی العقود اللزوم من الآیة الکریمة أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۳» و غیرها مما مر فی کتاب البیع. و اما مشروعیة

---

(۱) الوسائل باب ۹ من ابواب المزارعة حدیث ۲.

(۲) الوسائل- باب ۸ و ۹ و ۱۰ من ابواب المزارعة.

(۳) سورة المائدة آیة ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۶۵

اما المزارعة فشروطها خمسة

الاقالة فیهما و انفساخهما بها- و هی التفاسخ بالتراضی- فلما مر فی کتاب الاجارة من مشروعیة الاقالة فی العقود، نظراً الی کون التقایل بنفسه من العقود فتشمله الادلة العامة صحة و لزوما، فراجعه.

و المشهور بین الاصحاب علی ما قیل انهما لما کانتا من العقود اللازمة وجب انحصار الفاظهما فی الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة، و کذا یشترط فیهما ما یشترط فی غیرهما من العقود اللازمة من العربیة و وقوع القبول علی الفور و ما شاکل، لکن قد مر فی کتاب البیع انه لا یعتبر شیء من تلکم فی شیء من العقود اللازمة، و ایضا قد ظهر مما ذکرناه فی کتاب الاجارة جریان المعاطاة فیهما. ثمّ انه حیث ان الاظهر عدم اعتبار الماضویة فی صیغ العقود اللازمة کما مر، فلا یهمنا النزاع فی انه هل یکفی غیر الماضی من الصیغ فی المزارعة ام لا، و الاستدلال للکفایة بالنصوص الخاصة فانها حینئذ تکون علی القاعدة.

شروط المزارعة- احدها العقد من اهله و الکلام فی هذا الفصل یقع فی مقامین:

الاول: فی المزارعة.

الثانی: فی المساقاة.

[المقام الاول: فی المزارعة]

اشارة

اما المزارعة فالکلام فیها فی موضعین:

الاول: فی شروطها.

الثانی: فی احکامها.

[الموضع الاول: فی شروطها]

اشارة

اما الاول فشروطها خمسة:

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۶۶

العقد من اهله

الاول: العقد من اهله

اشارة

و هذا مركّب من امرین:

احدهما:

اعتبار العقد

، و هو الایجاب و القبول فیها و المراد به ان كان هو الاعتبار النفسانی فاعتباره فیها من القضایا التی قیاساتها معها، و ان كان هو المبرز له و ما ینشأ به من الالفاظ او الافعال فالدلیل علی اعتباره ما دل علی اعتباره فی جمیع العقود و الایقاعات، و هو ان بناء العقلاء و الشارع الاقدس علی عدم ترتیب الآثار علی الالتزامات النفسانیة ما لم تبرز بما یكون مبرزا لها نوعا، و لذا لا یصح انشاء عقد بما وضع لآخر الا مع القرینة الموجبة لظهوره فیه، و اما الخصوصیات المعتبرة فیهما فقد مر الكلام فیها مفصلا فی البیع، و كفایة المعاطاة و العقد المركب من القول و الفعل ظاهرة مما ذكرناه فی كتاب الاجارة فلا نعید.

ثانیهما:

صدور العقد من اهله

، و هو كونه بالغا عاقلا مختارا غیر محجور علیه لسفه او فلس. و مدرك اعتبار الاولین حدیث رفع القلم عنهما «۱» و مدرك اعتبار الثالث حدیث رفع ما استكرهوا علیه «۲» و مدرك اعتبار الرابع تعلق حق الغرماء بماله فی الفلس، و ما دل علی عدم جواز امر السفیه فی التصرف المالی «۳» علی ما سیجیء. و قد مر تفصیل الكلام فی جمیع تلكم فی كتاب الاجارة، و مما قدمناه فیه یظهر انه لا مانع من كون الزارع مفلسا اذا لم یكن منه مال، لعدم كونه تصرفا مالیا.

---

(۱) الوسائل باب ۴- من ابواب مقدمة العبادات حدیث ۱۱- و باب ۳۶ من ابواب القصاص فی النفس حدیث ۲- و باب ۸ من ابواب

مقدمات الحدود حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۵۶ من ابواب جهاد النفس و باب ۱۲ من ابواب کتاب الایمان.

(۳) النساء آیة ۶- الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب الحجر.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۶۷

و ان یکون النماء مشاعا

اعتبار کون النماء مشاعا بینهما و

الثانی: ان یکون النماء مشاعا

بینهما تساویا او تفاضلا بلا خلاف فیه، و ظاهر الحدائق- حیث قال: و الظاهر ان دلیله الاجماع- الاجماع علیه، و هو صریح الغنیة.

و استدل له، تارة بالاقتصار علی المتیقن من النص و الفتوی فی عقد المزارعة المخالف لاصالة عدم الغرر، ذکره سید الریاض.

و اخری بما فی المسالک من منافاة عدم اشاعة النماء بینهما لوضع المزارعة.

و ثالثة بجملة من النصوص استدل بها فی الحدائق، کحسن الحلبی عن مولانا الصادق علیه السلام: لا بأس بالمزارعة بالثلث و الربع و الخمس «۱». و صحیح عبد الله بن سنان الآتی: و لکن یقول ازرع فیها کذا و کذا، ان شئت نصفا و ان شئت ثلثا «۲» و نحوه خبر ابی الربیع «۳».

و لکن یرد الاول: انه لا فرق فی لزوم الغرر بین جعل النماء مشاعا بینهما، او تخصیص کل واحد بنوع من الزرع دون صاحبه. و ان شئت قلت: ان دلیل مشروعیة المزارعة اخصّ من ما دل علی النهی عن الغرر «۴» من هذه الجهة، و اطلاق المقید مقدم علی اطلاق المطلق کما حقق فی محله.

---

(۱) الوسائل باب ۸ من ابواب المزارعة حدیث ۳.

(۲) الوسائل باب ۸ من ابواب المزارعة حدیث ۵.

(۳) الوسائل باب ۸ من ابواب المزارعة حدیث ۱۰.

(۴) التذکرة ج ۱- ص ۴۶۶- و سبقه الشیخ فی الخلاف.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۶۸

[...]

و الثانی: ان وضع المزارعة علی کون بعض الحاصل لصاحب الارض و بعضه للعامل، و اما کون ذلک بنحو الاشاعة فلم یظهر منه ذلک. و ان شئت قلت: ان اعتبار ذلک اول الکلام، فکیف یفرض مفروغا عنه!.

و الثالث: ان تلک الاخبار لا مفهوم لها، اما الاول فواضح، و اما الاخیران فلأنهما فی مقابل تسمیة شیء من الحاصل للبقر و شیء منه للبذر، لاحظ ما فی اولهما قال علیه السلام: لا یسمی شیئا من الحب و البقر، و لکن یقول ازرع ... الخ.

فالحق ان یستدل له بصحیح الحلبی عن الامام الصادق علیه السلام: لا تقبل الارض بحنطة مسماة، و لکن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به «۱» بناء علی ارادة المزارعة من القبالة فیه او ما یشملها، و ظهوره فی اعتبار کون النماء حصة مشاعة لا ینکر.

و علی هذا فلو اختص کل واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه، کان یشترط احدهما الهرف ای المتقدم من الزرع و الآخر المتأخر منه، او ما یزرع علی مکان معین و الآخر ما یزرع فی غیره، او نحو ذلک مما لا إشاعهٔ فی شیء منه بینهما، لا تصح المزارعهٔ.

انما الکلام فیما لو کانت الاشاعهٔ فی الجملهٔ محققهٔ، و لکن بعد استثناء شیء معیّن، کان یشترط لاحدهما قدرا من الحاصل و ما زاد علیه بینهما، فالمنسوب الی المشهور عدم صحتها ایضا. و عن المصنف ره جواز استثناء شیء مطلقا، و رجّحه فی محکی الکفایهٔ و فی الجواهر و غیرهما. و عن الشیخ فی النهایهٔ و جماعهٔ جواز استثناء البذر من جملهٔ الحاصل.

و استدل للاول بظهور النصوص فی اعتبار الاشاعهٔ فی الحصهٔ، و ینافیها

---

(۱) الوسائل باب ۸ من ابواب المزارعهٔ حدیث ۳.

[...]

استثناء شیء له، ذکره فی الحدائق. و بجواز ان لا تحصل الزیادهٔ فیبقی الآخر بلا شیء، کما فی الشرائع و عن الغنیهٔ و غیرهما. و بما دل علی النهی عن الغرر الخارج عنه ما لو کان النماء بتمامه مشترکا بینهما بنحو الاشاعهٔ و بقی الباقی، افاده سید الریاض. و بمنافاته لوضع المزارعهٔ، ذکره فی المسالک.

و الجمیع مردودهٔ. اما الاول فلما مر من ان النصوص لا دلالهٔ فی شیء منها علی اعتبار الاشاعهٔ سوی صحیح الحلبی، و هو انما تضمن النهی عن المزارعهٔ بالحصهٔ المعینهٔ و جواز المزارعهٔ بالمشاعهٔ، و لا تعرض فیه لما اذا کانت المزارعهٔ بهما معا، و صدره لا یدل علی النهی عنه کما هو واضح، و ذیله لا مفهوم له، فتبقی هذه الصورهٔ داخلهٔ تحت عمومات صحهٔ المزارعهٔ.

و أما الثانی فلانه یمکن فرضه فیما یکون الغالب عادهٔ حصولها، مع انه لا محذور فی ان لا یبقی للآخر شیء، کما لو لم یحصل شیء من الارض اصلا.

و أما الثالث فلما مر من ان دلیل الغرر مخصص فی المقام من هذه الجههٔ.

و أما الرابع فقد عرفت ان ذلک لا ینافی وضع المزارعهٔ، بل ربما کان الظاهر منه خلاف ذلک، خصوصا اذا کان الاستثناء لاجنبی.

فالاظهر جواز الاستثناء مطلقا، للعمومات و الاطلاقات، و یشهد به- مضافا الی ذلک- جملهٔ من النصوص، لاحظ:

خبر ابراهیم الکرخی، قلت لابی عبد اللّه علیه السلام: اشارک العلج فیکون من عندی الارض و البذر و البقر، و یکون علی العلج القیام و السقی و العمل فی الزرع حتی یصیر حنطهٔ أو شعیراً، و تکون القسمهٔ فیأخذ السلطان حقه و یبقی ما بقی علی ان للعلج منه الثلث ولی الباقی، قال علیه السلام: لا بأس بذلک. قلت: فلی علیه ان یردّ علیّ مما اخرجت الارض البذر و یقسّم ما بقی؟ قال: انما شارکته علی ان یکون

[...]

البذر من عندک، و علیه السقی و القیام «۱». فان صدره صریح فی جعل مقدار من الحاصل للغیر، و عدم اشاعهٔ الحصهٔ فی المجموع، و ذیله ظاهر فی ذلک فانه علیه السلام علل عدم جواز اخذ مقدار البذر من الحاصل بانه عند عقد الشرکهٔ لم یصرح بذلک، فیستکشف منه انه لو کان صرح به لما کان فیه محذور.

و خبر یعقوب بن شعیب عنه علیه السلام عن الرجل یکون له الارض من ارض الخراج، فیدفعها الی الرجل علی ان یعمرها و یصلحها

و یؤدی خراجها و ما کان من فضل فهو بینهما قال علیه السلام: لا بأس «۲» و نحوهما غیرهما.
و مما ذکرناه یظهر حال مسألهٔ اخری، و هی ما لو شرط احدهما علی الآخر شیئا یضمنه له من غیر الحاصل مضافا الی الحصهٔ من ذهب او فضهٔ او غیرهما، فانه لا- إشکال فی الجواز، بل الوجوه المذکورهٔ لعدم الجواز فی المسألهٔ المتقدمهٔ لا- تجری هنا، و لذا ذهب المشهور الی الصحهٔ هنا، بل ظاهر المسالک عدم الخلاف فیها. و فی الجواهر: قال فی المفاتیح فی بعض الاخبار علیه دلالهٔ، قیل: و لعله ما اشار الیه فی الکفایهٔ من بعض المعتبرهٔ عن الرجل یزرع له الحراث الزعفران، و یضمن له ان یعطیه فی کل جریب ارض یمسح علیه وزن کذا و کذا درهما، فربما نقص و غرم و ربما استفضل و زاد، قال علیه السلام: لا بأس اذا تراضیا «۳» انتهی. و فیه تأمل.
و کیف کان، ففی المسالک ان قراره حینئذ مشروط بالسلامهٔ، کاستثناء ارطال معلومهٔ من الثمرهٔ فی البیع، و لو تلف البعض منه سقط منه بحسابه، لانه کالشریک و ان کان حصته معینهٔ، انتهی!

---

(۱) الوسائل باب ۱۰ من ابواب المزارعهٔ حدیث ۱.
(۲) الوسائل باب ۱۰ من ابواب المزارعهٔ حدیث ۲.
(۳) الوسائل باب ۱۴ من ابواب المزارعهٔ حدیث ۱.

و الاجل المعلوم

و اورد علیه بمنافاته لعموم ما دل علی لزوم الشرط «۱» بعد فرض کونه فی الذمهٔ، و بذلک یفرق بینه و بین استثناء الارطال التی هی بعض المبیع. و یمکن ان یوجه کلام ثانی الشهیدین ره بان الظاهر من الشرط لیس جعل شیء له مجانا، بل بازاء ما یصل الی الآخر، فیتم ما افاده
، اعتبار تعیین المدهٔ فی المزارعهٔ و

الثالث: تعیین الاجل المعلوم

، بلا خلاف معتدّ به بل لعل الاجماع علیه، کذا فی الجواهر. و فی الحدائق الفتوی صریحا بعدم اعتباره.
و الاول اظهر، لعموم ما دل علی النهی عن الغرر «۲» الشامل للمقام مع الجهل بالمدهٔ کما فی الاجارهٔ، فان المزارعهٔ و ان لم تکن من المعاوضات بل من قبیل المشارکات و لکنها من العقود اللازمهٔ، و لم یقید الغرر المنهی عنه بما فی المعاوضات.
و دعوی ان المزارعهٔ تحتمل من الغرر ما لا یحتمله غیرها، مندفعهٔ بان ذلک بالنسبهٔ الی الحصهٔ لا فی غیرها.
لا یقال: ان النسبهٔ بین مطلقات المزارعهٔ، و ما دل علی النهی عن الغرر، عموم من وجه، فلا وجه لتقدیم النبوی. فانه یتوجه علیه:
اولا: ان النبوی حاکم علی أدلهٔ الباب، و هو ینفی المعاملهٔ المشروعهٔ فی نفسها لو لا الغرر اذا کانت غرریهٔ.

---

(۱) الوسائل باب ۶ من ابواب الخیار کتاب التجارهٔ.
(۲) التذکرهٔ ج ۱ ص ۴۶۶.

]...[

و ثانیاً: انه لو سلم کون النسبة عموماً من وجه من دون حکومة فی البین، یقدم النبوی للشهرة التی هی اول المرجحات.

و دعوی ان لکل زرع امدا معتادا، فیبنی مع الاطلاق علی العادة، و یکتفی به عن ذکر المدة، فیها: انه ان اوجب الاطمینان بالمدة فهو فی حکم التعیین، و الا فلا یوجب رفع الغرر، فلا یکتفی به.

و قد استدل للمختار بروایات متعددة اکثرها لا تدل علیه. نعم، لو قیل بدلالة خبر ابی الربیع الشامی عن مولانا الصادق علیه السلام عن ارض یرید رجل ان یتقبّلها، فأی وجوه القبالة احلّ؟ قال علیه السلام: یتقبّل الارض من اربابها بشیء معلوم الی سنین مسماة فیعمّر و یؤدی الخراج، فان کان فیها علوج فلا یدخل العلوج فی قبالته، فان ذلک لا یحل «۱» علیه، نظرا الی ان المراد بالقبالة المزارعة او ما یشملها، لیس بکل البعید.

و قد ذهب جماعة الی اعتبار کون المدة مما یعلم فیه ادراک الزرع و لو من جهة العادة، لان ادراک الزرع هو الملحوظ فی المزارعة، بل هو رکنها الاعظم. و یمکن ان یستدل له فی صورة احراز القصور بمنافاته لما هو المقصود من المزارعة، و فی صورة الشک بحدیث النهی عن الغرر.

و تمام الکلام فی المقام فی ضمن فروع:

۱- لو شرط فی العقد تأخیره ان بقی بعد المدة المشترطة، ففی الشرائع بطل العقد علی القول باشتراط تقدیر المدة، و وجّهه فی المسالک و الجواهر بان المدة تصیر فی الحقیقة هی المجموع من المذکور و ما بعده الی ان یدرک الزرع

---

(۱) الوسائل باب ۱۸ من ابواب المزارعة حدیث ۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۷۳

]...[

و هی مجهولة.

و فیه: اولا: ان الشرط ان کان بقاء المزارعة کان لما ذکر وجه، و اما لو کان ابقاء الزرع فی ارضه فلا محل لهذا الکلام، فان مدة المزارعة هی ما جعل فی متن العقد.

و ثانیا: ان الشرط بما انه غرری یکون فاسدا، و الشرط الفاسد لا یفسد العقد.

و ثالثا: ان المدة مضبوطة، و ما تضمنه الشرط انما هو انشاء شیء آخر، و کون المجموع مجهولا لا یوجب جهالة مدة العقد. فالاظهر بطلان الشرط و صحة العقد.

و لو اشترط استحقاق الابقاء و لو بالاجرة بلا تعلیق صح الشرط ایضا، لعدم الغرر فیه، و لکن الظاهر خروج ذلک عن محل الکلام.

۲- لو ترک المزارعة حتی انقضت المدة و الارض تحت یده، ففی ضمانه اجرة المثل للارض، او عدم ضمانه اصلا، او التفصیل بین الترک اختیاراً فالاول او معذورا فالثانی، او ضمانه ما یعادل الحصة المسماة بحسب التخمین، او ضمانه بمقدار تلک الحصة من منفعة الارض و من قیمة عمل الزارع، او التفصیل بین صورة اطلاع المالک علی ترک الزرع فلا ضمان، و بین عدم اطلاعه فالضمان، وجوه و اقوال.

اقول: حیث انه قد عرفت ان المزارعة من المشارکات لا من المعاوضات، فلا یملک علی الزارع عمله و لا حصة من الحاصل علیه، فلا وجه لضمانه اجرة احدهما، و لکن بما انه قد مر فی کتاب الاجارة و البیع ان المنافع غیر المستوفاة یضمنها من یکون المال تحت یده، فیضمن اجرة المثل للارض التی هی قیمة منفعة الارض الفائتة، و به یظهر انه لو لم تکن الارض تحت یده لا ضمان علیه، و بذلک

یظهر ما فی کلمات القوم فی المقام.

۳- و لو مضت المدة و الزرع باق، فالمشهور ان للمالک ازالته، و ذهب بعضهم الی انه لیس له تلک، و عن القواعد: الاقرب ان للمالک الازالة مع الارش، او التبقیة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۷۴

[...]

مع الاجرة.

وجه الاول: عموم ما دل علی تسلط الناس علی اموالهم «۱» و عدم حلّ مال المسلم الا بطیب نفسه «۲» ضرورة عدم حق للزارع بعد المدة التی ذلک فائدة جعلها غایة.

و وجه الثانی: انه قد حصل فی الارض بحق، فلم یکن للمالک قلعه، و ان للزرع أمداً معینا غیر دائم الثبات، فاذا اتفق الخلل لا یسقط حق الزارع، کما لو استأجر مدة للزرع فانقضت قبل ادراکه.

و وجه الثالث: کونه جمعا بین الحقین، هکذا ذکروا.

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۹، ص: ۱۷۴

و حق القول فی المقام ان یقال: انه لا ینبغی التوقف فی سقوط حق الزارع، لان الحق کان الی غایة فلا حق له بعدها، و کون أمد معین للزرع لا یوجب ثبوت حق للزارع فی الارض، بعد عدم کونه المعاملة واردة علی الزرع بما له من الامد بل الی وقت معین. و اما انه هل لمالک الارض ازالته ففیه اشکال، نظراً الی ان عموم الناس مسلطون علی اموالهم انما یدل علی جواز التصرف فی ماله لا فی مال الغیر، أ لا تری انه لا یصح ان یقال ان مقتضی قاعدة السلطنة جواز ان یذبح حیواناً للغیر بمدیته من جهة انه تصرف فی المدیة، و فی المقام غایة ما تدل علیه قاعدة السلطنة جواز التصرف فی الارض، اما جواز التصرف فی الزرع بالازالة فلا یستفاد منها.

و هل له الامر بالازالة فیجب علی الزارع تلک، و ان لم یفعل یلزمه الحاکم علیها ام لا؟ الظاهر ان له تلک الا فی صورة واحدة، و هی مما لو استلزم القلع و الازالة الضرر

---

(۱) البحار ج ۱- ص ۱۵۴ الطبع القدیم- و ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

(۲) الوسائل باب ۳ من ابواب مکان المصلی المستدرک ج ۱ ص ۲۱۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۷۵

[...]

علی الزارع، و کان بقاء الزرع فی الارض غیر موجب لتضرر المالک و لا کان له نفع فی قلعه، فانه فی هذه الصورة یمکن ان یقال ان مقتضی حدیث لا ضرر «۱» عدم وجوب الازالة، و انما لم نقل بذلک فیما اذا تضرر المالک ببقاء الزرع او کان له نفع فی قلعه، فلما حقق فی محله و صرّح به جماعة بل المشهور من انه لا یجب تحمل الضرر لدفعه عن الغیر، لان حبس المالک عن الانتفاع بملکه و جعل الجواز تابعا لتضرر الغیر حرج عظیم، و لا یعارضه تضرر الغیر، و تمام الکلام فی محله.

و لذلک افتوا بجواز ان یتصرف الانسان فی ملکه بحفر بئر و شبهه و ان تضرر جاره بذلک، ان کان فی ترک الحفر ضرر علیه او کان

له فیه نفع، راجع کلمات القوم فی کتاب احیاء الموات.

و علی الجملهٔ فی خصوص هـذه الصورهٔ من جهـهٔ عموم حـدیث لاـ ضـرر یحکم بانه لا حق له فی الازالـهٔ، فلیس له ان یأمر بها، و لا یجب علی الزارع الازالـهٔ، و لکن لیس لازم ذلک ان له ابقاء الزرع بلا اجرهٔ، بل من جهـهٔ انه یسـتوفی بذلک منفعهٔ الارض فعلیه اجرهٔ المثل للارض.

فالمتحصـل ممـا ذکرنـاه انه لیس له الازالـهٔ بنفسه مطلقـا، و انمـا له ان یـأمر بالازالـهٔ بلا ارش، و لا حق للزارع فی الابقاء الا فی صورهٔ واحدهٔ، و فی خصوص تلک الصورهٔ له ابقاء الزرع مع الاجرهٔ، فتدبر فانه حقیق به.

ثمّ انه فی موارد ثبوت حق الامر بالازالـهٔ للمالک، لا فرق بین ان یکون عدم ادراک الزرع بسـبب الزارع کالتفریط بالتاخیر، أو من قبل اللّه تعالی کتغییر الأهویهٔ و تأخیر المیاه. و اما فی مورد ثبوت حق الابقاء للزارع، فلا یبعد القول بالاختصاص بما

---

(۱) الوسائل باب ۱۷ من ابواب الخیار- کتاب التجارهٔ.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۷۶

و تعیین الحصهٔ بالجزء المشاع و کون الارض مما ینتفع بها

اذا کان ذلک من قبل اللّه تعالی، و ان کان من قبله لا حق له فی الابقاء من جههٔ انه بفعله اقدم علی الضـرر، و فی مثل ذلک لا یصـلح حدیث لا ضرر لتخصیص عموم قاعدهٔ السلطنهٔ و حکومته علیها، کما لا یخفی.

و لو اتفقا علی التبقیهٔ جاز بعوض و بغیره، و فی التبقیهٔ بالعوض یمکن ان یکون ذلک بنحو الاجارهٔ، او الصلح، او الاباحهٔ بعوض.

و

الرابع: (تعیین الحصهٔ بالجزء المشاع)

من الثلث او مـا شاکـل، فلو قـال: ازرع هـذه الـارض علی ان یکون لی او لک شـیء من حاصـلها، بطل بلا خلاف، و یظهر وجهه مما ذکرناه فی سابقهٔ.

یعتبر کون الأرض مما ینتفع بها و

الخامس: کون الارض مما ینتفع بها

بـان تکون من اراضـی الزراعـهٔ، و ان یکون لهـا ماء و لو تقـدیراً، اما من نهر و بئر و عین أو ما شاکل، و من تلکم الارض التی تسـقیها الغیوث و الامطار عادهٔ.

و ان لم یمکن الانتفـاع بها بطلت المزارعـهٔ بلا خلاف فی ذلک فی الجملـهٔ، الا ما عن المصـنف ره فی القواعـد حیث قال- بعـد ذکر الشـرط المـذکور-: و لو زارعها او آجرها له و لا ماء لها، تخیّر العامل مع الجهالهٔ لامع العلم، لکن فی الاجرهٔ یثبت المسـمی، انتهی. و ظهوره فی صـحهٔ المزارعـهٔ لاـ ینکر، و لکن الظاهر ارادته صورهٔ عـدم الماء فعلا و ان کان یمکن بحفر بئر مثلا، لا صورهٔ عـدم امکان الانتفاع بها للزرع، الذی لا یطابق ما اعترف به قبیل هذه العبارهٔ من الشـرط المزبور، و علی ذلک یحمل ما عن ارشاده، قال: و لو زارع علی مالا ماء له بطل الا مع علمه. فلا خلاف فی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۷۷

[...]

المسألة.

و مدرک اعتبار هذا الشرط عدم صدق المزارعة، لعدم الغرض المطلوب فیها، فلا تشملها الاطلاقات و العمومات، و لا أقل من انصرافها عن ذلک. و عدم بناء العقلاء علیه، بل هی من المعاملات السفهائیة عندهم، و المعاملة السفهائیة و ان لم نلتزم ببطلانها الا انه فی ما کان هناک اطلاق او عموم دال علی الصحة، لا فی مثل المقام مما لا دلیل علیها.

و تمام الکلام فی ضمن فروع:

۱- انه لو لم یکن للارض ماء بالفعل و لکن یمکن تحصیله بعلاج، فلا اشکال فی صحة المزارعة. و هل للزارع الخیار مع الجهل بذلک ام لا؟ الظاهر ذلک، لا لقاعدة نفی الضرر حتی یقال انها تختص بما اذا کان ضرر علیه، بل لتخلف الشرط الضمنی الذی علیه بناء العقلاء و العقد مبنی علیه، و هو کون الارض ذات ماء بالفعل.

۲- اذا کانت الارض ذات ماء بالفعل، و لم یعلم به المتعاقدان فأوقعا المزارعة، فظاهر الجواهر ابتناء الصحة و البطلان علی القول باشتراط الامکان، و مانعیة عدم قابلیتها للانتفاع. فعلی الاول تصح، و علی الثانی تبطل، و حیث ان المختار عنده اشتراط الامکان فلذا اختار البطلان.

و فیه: اولا: ان الفرق بین المبنیین غیر ظاهر، اذ لو کان المانع او الشرط هو الامکان واقعا و عدم قابلیتها للانتفاع کذلک لزم البناء علی الصحة، لوجود الشرط و انتفاء المانع، و لو کان العلم باحدهما شرطا او مانعا، ففی الفرضین لا بدّ من القول بالبطلان.

و ثانیا: ان مقتضی الادلة التی اقامها للبطلان مع عدم قابلیة الارض للانتفاع من کون المعاملة سفهائیة، و ارادة غیر الفرض من العمومات و المطلقات هو الصحة،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۷۸

[...]

فان المعاملة لا تکون سفهیة واقعا و المفروض انکشاف ذلک لهما، و کان الفرض مشمولا للادلة واقعا و ان تخیّلا عدم کونه کذلک. فالاظهر هی الصحة، الا ان یفرض عدم قصدهما لعنوان المزارعة جدا حین الانشاء، و هو خلاف الفرض.

۳- اذا کانت الارض لا ماء لها حین العقد، فاتفق تجدّد قابلیتها فی ظرف الاحتیاج الی الماء، کفی ذلک العقد، فانه ینکشف کونه واجداً للشرائط و فاقداً للموانع واقعا و ان لم یعلما به. فما فی الجواهر من الحکم بالبطلان، غیر ظاهر. نعم، اذا لم یقصد المزارعة جدا بطل لذلک.

۴- و لو انقطع الماء فی اثناء المدة، فتارة ینقطع فی جمیع المدة، و اخری فی الاثناء بعد الانتفاع بالارض فی الزراعة فی مقدار من المدة. و علی التقدیرین تارة یمکن تحصیله بعلاج، و اخری لا یمکن ذلک.

فان انقطع فی تمام المدة و لم یمکن تحصیله بطل العقد، لان المعتبر هو قابلیة الارض للزراعة فی ظرف العمل، و الفرض عدمها و ان توهما تحققها، فبالانقطاع ینکشف عدم واجدیة العقد للشرائط.

و ان انقطع فی تمام المدة مع امکان تحصیله بعلاج، فالظاهر ثبوت الخیار للزارع، لما ذکرناه فی الفرع الاول.

و ان انقطع فی بعض المدة و لم یمکن تحصیله، بطل العقد بالنسبة الی المدة الباقیة، و حینئذ للزارع خیار التبعض بلحاظ التبعض فی الغرض المعاملی، و هو الانتفاع بالارض فی مجموع المدة.

و ان انقطع فی الاثناء و امکن تحصیله بعلاج، تخیّر الزارع بالنسبة الی الباقی، فان فسخ ثبت له خیار التبعض.

لا یقال: ان التبعض حصل بفعله، فلا یثبت له خیاره، فانه یتوجه علیه ان منشأ

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ١٧٩

و له ان یزرع بنفسه، او بغیره، او بالشرکة، ما لم یشترط المباشرة

التبعض لیس من ناحیته، بل من جهة تخلف الشرط الضمنی.

و بما ذکرناه ظهر ما فی کلمات الاصحاب فی المقام.

حکم عقد المزارعة بین ازید من اثنین

الموضع الثانی: فی احکامها

اشارة

، و فیه مسائل:

[حکم عقد المزارعة بین ازید من اثنین]

الاولی: له ای للزارع (ان یزرع بنفسه او بغیره او بالشرکة ما لم یشترط المباشرة) و الّا تعین ان یزرع بنفسه عملا بالشرط، و هذا لا کلام فیه لو کان المراد ظاهره، کما لا کلام فی انه یجوز کون الارض من احدهما و العمل و البذر و العوامل من الآخر، او العمل من احدهما و البقیة من الآخر، و النصوص المتقدمة جملة منها شاهدة بذلک، انما الکلام فی موردین:

الاول: فی جواز عقد المزارعة بین ازید من اثنین، مثال ذلک ان تکون الارض من واحد و البذر من آخر و العمل من ثالث و العوامل من رابع، ففی محکی القواعد فی صحة کون البذر من ثالث نظر، و کذا لو کان البذر من ثالث و العوامل من رابع.

و فی المسالک فی مقام بیان منشأ الاشکال، قال: من عموم الامر بالوفاء بالعقد، و الکون مع الشرط، و من توقف المعاملة سیما التی هی علی خلاف الاصل علی التوقیف من الشارع، و لم یثبت منه مثل ذلک، و الاصل فی المزارعة قصة خیبر، و مزارعة النبی صلّی اللّه علیه و آله الیهود علیها علی ان یزرعوها و لهم شطر ما یخرج منها و له صلّی اللّه علیه و آله و سلّم شطره الآخر «۱» و لیس فیها ان المعاملة مع اکثر من واحد و کذلک

---

(۱) الوسائل باب ٨ و ٩ من ابواب المزارعة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ١٨٠

[...]

باقی النصوص التی وردت من طرقنا، و لان العقد یتم باثنین موجب- و هو صاحب الارض- و قابل، فدخول ما زاد یخرج العقد عن وضعه، او یحتاج اثباته الی دلیل، و الاجود عدم الصحة.

و اورد علیه فی الحدائق بان ما ذکره من توقف هذه المعاملة علی التوقیف من الشارع بمعنی دلیل خاص، فهو خلاف ما یستندون الیه من التمسک بعموم الادلـة و اطلاقاتها، و ایضا ان ذلک ینافی ما یفهم من قصة خیبر فان الیهود کانوا کثیرین و قد زارعهم النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم، و ایضا ینافیه ما هو معلوم جوازه فی باقی العقود من تعدّد الموجبین و القابلین. ثمّ حکی عن الاردبیلی قده ما یؤید ما ذکره.

و لکن یرد علی ما فی الحدائق: ان هاهنا مسألتین:

احداهما: کون احد طرفی عقد المزارعة متعددا، ککون الارض مشترکة بین جماعة مثلا.

ثانیتهما: کون طرف العقد متعدّدا، بان تکون الارض من واحد، و العمل من آخر، و البذر من ثالث.

و ما افاده صاحب الحدائق انما هو فی المسألة الاولی، و لا أظن ان یکون من یشکل فی الصحة فیها، و مورد کلام المسالک المسألة الثانیة.

و أما ما افاده فی المسالک، فیرد علی ما افاده اولا: ان اطلاقات المزارعة و ان لم تشمل الفرض، الا انه تکفی العمومات العامة بعد عدم الدلیل علی اعتبار عدم کون العقد بین اثنین، و کون ذلک خلاف المتعارف لا یوجب الانصراف، و معها لا یرجع الی الاصل.

و یرد علی ما افاده ثانیا: ان العقد عبارة عن ربط احد الالتزامین او الالتزامات بالآخر، فان کان مدّعاه عدم صدق العقد علی ما لو کان العاقد اکثر من اثنین فهو

ظاهر الفساد، و ان کان مراده انصراف العقد الی ذلک فیردّه انه لا منشأ له سوی التعارف، و هو لا یوجب الانصراف المقید للاطلاق.

فالانصاف انه لا مانع من شمول العمومات، سیما علی المختار من کون المزارعة من المشارکات، سوی النصوص الخاصة، لاحظ:

خبر ابی الربیع الشامی عن ابی عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یزرع ارض آخر، فیشترط علیه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر، فقال علیه السلام: لا ینبغی ان یسمی بذرا و لا بقرا، و لکن یقول لصاحب الارض: ازرع فی ارضک و لک منها کذا و کذا، نصف او ثلث او ما کان من شرط، و لا یسمی بذرا و لا بقراً فانما یحرم الکلام «۱».

و خبر عبد اللّه بن سنان عنه علیه السلام- فی حدیث-: لا یسمی شیئاً من الحب و البقر، و لکن یقول ازرع فیها کذا و کذا، الحدیث «۲» و نحوهما غیرهما.

فان المستفاد من هذه النصوص انه لا یجوز ان یجعل بازاء البذر و البقر شیئاً من الحاصل، بل هو یجعل لصاحب الارض و العامل، و لیس معنی الفساد و البطلان الا ذلک.

و عن المختلف حمل هذه النصوص علی الکراهة، معللا بانه لا ربا هنا، لان الربا انما یثبت فی البیع خاصة.

و فیه: اولا: انه لیس النظر فی النهی الی الربا قطعا، و لذا نهی عن جعله بازاء البقر ایضا.

و ثانیا: ان الحمل علی الکراهة- مضافا الی انه خلاف الظاهر بلا قرینة علیه

(۱) الوسائل باب ۸- من ابواب المزارعة حدیث ۱۰.

(۲) الوسائل باب ۸ من ابواب المزارعة حدیث ۵.

- ینافیه التعلیل بانه «یحرم الکلام» المراد منه بحسب الظاهر الحرمة و الفساد مع هذه التسمیة و التوزیع.

و عن المجلسی ره: ان قوله: للبذر ثلثا، یحتمل وجهین: احدهما: ان اللام للتملیک، فالنهی لکونهما غیر قابلین للملک. ثانیهما: ان یکون المعنی ثلثا بازاء البذر و ثلثا بازاء البقر، فالنهی لشائبة الربا فی البذر. و هذا من غرائب الکلام.

فالحق دلالة النصوص علی المنع من التوزیع فی المزارعة بهذا النحو، ای جعل مقدار لمالک البذر و مقدار لمالک البقر، بل المتعین جعل الحاصل لمالک الارض و العامل، و هذا مستلزم للفساد فی محل الفرض.

الثانی: فی تشریک الغیر فی المزارعة، فالمشهور بینهم انه یجوز للعامل ان یشارک غیره فی العمل بالحصة المعلومة و ان یزارع غیره، من غیر توقف علی اذن المالک اذا لم یکن شرط علیه العمل بنفسه. و هذا لا إشکال فیه علی فرض کون المزارعة من المعاوضات، کما مر نظیره فی الاجارة و بینا هناک تفصیل القول فی ذلک، و فی جواز تسلیم العین الیه.

و أما علی فرض کونها من المشارکات، فقد یشکل المشارکة فیها بما افاده الشهید الثانی، قال: و هو حسن فی مزارعة غیره، اما المشارکات فلا، لان المراد بها ان یبیع بعض حصته فی الزرع مشاعا ببعض معلوم، و هذا لا مانع منه لملکه لها، فیتسلط علی بیعها کیف شاء، بخلاف ابتداء المزارعة اذ لا حق له حینئذ الا العمل، و به یستحق الحصة، انتهی. و تبع فی ذلک المحقق الثانی. و اورد علیهما بما یطول المقام بذکره.

و الحق ان یقال: ان النقل الی الغیر یتصور علی وجوه:

احدها: نقل المزارعة او نصفها مثلا الی الغیر، بحیث یصیر کانه هو الطرف

]...[

للمالک بصلح و نحوه، بعوض و لو من خارج او بلا عوض.

ثانیها: نقل حصته او بعضها الی الغیر، و لکن لا یصیر الغیر بهذا النقل زارعا له و لا لصاحب الارض، بل الناقل هو العامل للمالک، و علیه القیام باعمال الزراعة و لو بالتسبیب.

ثالثها: ان یزارع غیره او یشارکه کما زارعه المالک، فیکون من قبیل اجارة العین المستأجرة، فیکون الغیر زارعا.

و الکلام تارة فیما تقتضیه القاعدة، و اخری فی مقتضی النص الخاص.

اما الاول فالظاهر عدم جواز النقل بالوجه الاول، لان صیرورة الزارع زارعا یستحق علی المالک بذل منفعة الارض و علیه العمل، مع کون الحاصل بینهما علی الوجه الذی اشترطوه من آثار عقد المزارعة، و هذا غیر قابل للنقل، بل هو نظیر نقل الاجیر صیرورته اجیراً الی الغیر، و عدم جواز نقل العقد الواقع بینهما و کونه طرفا له الی الغیر اوضح.

و أما النقل علی الوجه الثانی، فان کان بعد خروج الزرع فلا اشکال فیه اصلا، لعموم ادله العقود. و اما قبل خروج الزرع ففیه اشکال، نظراً الی الجهل بالوجود، الا بناقل لا یضرّ به الجهل بالحصول.

و أما النقل علی الوجه الثالث فالظاهر جوازه، لان الارض تصیر متعلقة لحقه، و قد مر انه یجوز المزارعة علی ارض تکون تحت تسلط الانسان، و ان لم یکن مالکا لها و لا لمنافعها.

و لا فرق فی جمیع تلکم بین کون البذر من المالک أو منه، کما لا فرق بین ان یشترط المباشرة و عدمه، اذ لا منافاة بین الصحة فی مواردها و بین مباشرته للعمل، لعدم لزوم المباشرة للعمل فی صحة المزارعة کما مر، فیصح ان یزارع الغیر او یشارکه و یکون

و یزرع ما شاء مع عدم التخصیص فی العقد

هو المباشر دون ذلک الغیر.

و أما النص و هو موثق سماعة، سألته عن المزارعة قلت: الرجل یبذر فی الارض مائة جریب او اقل او اکثر طعاما او غیره، فیأتیه رجل فیقول له: منی نصف هذا البذر الذی زرعته فی الارض و نصف نفقتک علیّ و اشرکنی فیه؟ قال علیه السلام: لا بأس «۱» فظاهره التشریک فی حصة من الحاصل، و لیس فیه ما یشهد بنقل المزارعة او جعله شریکا معه فی کونه طرفا للمالک، و اللّه العالم.

حکم اطلاق المزارعة

الثانیة: قالوا و لو اطلق المزارعة (یزرع ما شاء)، و لا یتعیّن نوع خاص (مع عدم التخصیص فی العقد)، و تنقیح القول بالبحث فی موارد:

۱- هل یصح الاطلاق فیختار الزارع ما شاء کما هو ظاهر المشهور، ام یعتبر التعیین کما عن المصنف ره. فی التذکرة؟ وجهان.

و استدل المصنف لما اختاره بتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات، فیلزم من ترکه الغرر.

و اورد علیه فی المسالک بان المالک دخل علی أضرّ الانواع من حیث دخوله فی الاطلاق، فلا غرر.

و فیه: ان المالک ان عیّن الأضرّ فلا غرر. و لکن ان اطلق و لم یعیّن، و کان الخیار بید الزارع و یکون له زرع الأضرّ و زرع غیره، فلا محالة یلزم الغرر، و دخول المالک

---

(۱) الوسائل باب ۱۳ من ابواب المزارعة حدیث ۱.

[...]

لا یوجب رفع حکم الغرر، و لیس هو نظیر الضرر کی یرتفع حکمه بالاقدام.

و لکن یمکن ان یقال بناء علی ما اخترناه فی حقیقة المزارعة من کونها من قبیل المشارکات لا من المعاوضات، و ان الارض لا تنتقل من المالک و لا منفعتها تنتقل عنه الی الزارع بل لیس الا الاذن فی الزرع، فلا یکون غرراً منهیا عنه، اذ لا إشکال فی عدم جریان الغرر فی الاذن. و اما من ناحیة مجهولیة الحاصل، فالغرر الناشئ منها معفو فی هذا الباب، لجهالته دائما. فالاظهر صحة الاطلاق.

۲- قال فی المسالک: انه مع الاطلاق یتخیّر الزارع اذا کان البذر من عنده، اما لو کان من عند صاحب الارض فالتخییر الیه بطریق أولی لا إلی الزارع.

و فیه: ان ذلک فرع کیفیة الاطلاق المأخوذ فی العقد، فان کان بنحو ظاهره تخییر الزارع، لم یکن منافاة بینه و بین کون البذر من المالک، فیکون الاختیار فی تعیین نوع البذر بید الزارع.

۳- و لو عیّن رب الارض الزرع علی العامل تعیّنا نوعیا کالحنطة، أو شخصیاً کهذه الحنطة، او صنفیا کالحنطة الفلانیة، لم یجز له التعدّی الی الآخر، سواء کان ما عدل الیه أضرّ مما عیّن فی العقد او اقل ضررا او مساویا، لعموم وجوب الوفاء بالعقد و الشرط.

و لو خالف، ففیه اقوال:

احدها: ان للمالک اجرة المثل، و هو مختار الشهید الثانی فی المسالک و المحقق الاردبیلی.

ثانیها: التخییر، بمعنی انه یتخیّر المالک بین فسخ العقد و أخذ اجرة المثل و عدمه، فیأخذ المسمّی مع الارش، للنقص الحاصل فی

الارض بسبب زرع الآخر فيها ان زرع الأضرّ، و هو مختار المصنف ره.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج‌١٩، ص: ١٨۶

[...]

ثالثها: التفصيل بين ما لو زرع الاقل ضررا فلا خيار له، و بين ما لو زرع الأضرّ فله الخيار، و هو ظاهر الشرائع.

و الحق ان يقال: ان تعيين النوع أو الصنف أو الشخص قد يكون على وجه التقييد و العنوانية، و قد يكون على وجه الاشتراط:

فعلى الاول فبالنسبة الى ما وقع عليه العقد يكون كما لو ترك الزرع، و حكمه ضمان اجرة المثل للارض، لانه فاتت المنفعة و الارض تحت يده. و اما بالنسبة الى الزرع الموجود، فان كان البذر للمالك كان الزرع له، و لا يستحق العامل اجرة عمله، لعدم كونه بأمر المالك فلا موجب لضمانه له، و ان لم يكن عالما بالتعيين و لم يتعمد الخلاف، و لكن حيث انه لا يضمن من العين الا واحدة من منافعها المتضادة، و الفرض استيفاء المالك منفعة من تلك المنافع و معه لا تكون المنفعة المضادة لها مضمونة، فلا يستحق على الزارع اجرة المثل للارض، مع عدم نقصان ما استوفاه من المنفعة. فالاظهر حينئذ ملاحظة ازيدهما قيمة، فان كان ما استوفاه أزيد فلا شيء على الزارع، و ان كان اجرة المثل أزيد استحق الزيادة خاصة عليه.

و على الثانى للمالك الخيار فى فسخ العقد و ابقائه، فان ابقاه لا يستحق عليه شيئا، و ان فسخه يجرى فيه ما ذكرناه فى الصورة السابقة.

ثمّ انه مع التعيين لا فرق فيما ذكرناه من الاحكام بين ما لو كان ما زرعه اقلّ ضرراً ام كان اكثر ضررا. و دعوى ان المراد من التعيين مقدار الاذن فى الانتفاع بالارض فهو كالاجارة بالنسبة الى ذلك فيجوز، مندفعة بما افاده الشهيد الثانى بان غرض المالك ليس منحصرا بمصلحة الارض، بل المقصد الذاتى انما هو الانتفاع بالزرع و مصلحة الارض تابعة، و لا شك ان الاغراض تختلف فى انواع المزروع، فربما كان غرضه بالاشدّ ضررا من حيث نفعه و الحاجة اليه، و ان حصل للارض ضرر. مع

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج‌١٩، ص: ١٨٧

و الخراج على المالك

انه يدفعها ان ما ينشأ بالعقد لا يختلف باختلاف الاغراض، و يكون ما وقع عليه العقد عنوانا لما يستحقه أحدهما على الآخر، فاذا وقع العقد على الاشدّ ضررا لا يجوز الأقلّ ضرراً، و الحكم فى الاجارة ايضا كذلك.

حكم خراج الارض و مئونتها

الثالثة: و الخراج و مئونة الارض- كأجرتها اذا كانت مستأجرة- و نحوها على المالك، فان العامل انما يجب عليه العمل، و ما اشترط عليه من البذر و العوامل و امر الارض و ما يتعلق بها الى ربها.

بل فى خبر سعيد الكندى، قلت لابى عبد اللّه عليه السلام: انى آجرت قوما ارضاً فزاد السلطان عليهم، قال عليه السلام: اعطهم فضل ما بينهما. قلت: انا لم اظلمهم و لم ازد عليهم؟ قال عليه السلام: انهم زادوا على ارضك «١» و ان كان فيه قصور من حيث السند، و الظاهر و لا أقل من المحتمل كونه فى الخراج الذى هو على مالك الارض، باعتبار انه كانه عوض الأرض يأخذه السلطان و غير مقدر بقدر، فقد يزيد السلطان فيه و قد ينقص.

فلا يرد عليه ما افاده سيد الرياض، قال: و يستفاد من التعليل انسحاب الحكم فى كل موضع يشابه مورده، كما يتفق كثيرا فى بلادنا من الظلم على سكنة الدار بمال يكتب عليها، فمقتضى الاصل و القاعدة براءة ذمة اربابها و صرف الغرامة الى السكنة، فان المظلوم من

ظلم. فانه على ما ذكرناه يكون الخبر موافقا للقاعدة، بل

---

(١) الوسائل باب ١۶ من ابواب المزارعة- حديث ١٠.

ما لم يشترط عليه

و للأصل و هو اصالة البراءة عما زاد على ما وجب عليه بعقد المزارعة، و الخبر و ان كان فى الاجارة الا انه يستفاد حكم المقام منه بعموم التعليل.

هذا كله ما لم يشترط على الزارع، و الّا لزم عليه عملا بالشرط، و الظاهر تسالمهم عليه مع كونه معلوما.

و انما اشكل الشهيد الثانى فى المسالك فى صورة الجهل، قال: و لو شرط عليه الخراج، فزاد السلطان فيه زيادة، فهى على صاحب الارض، لان الشرط لم يتناولها و لم تكن معلومة، فلا يمكن اشتراطها، انتهى.

و اورد عليه صاحب الحدائق ره بان المستفاد من الأخبار خلاف ما ذكره، لاحظ صحيح داود بن سرحان عن ابى عبد اللّه عليهما السلام فى الرجل تكون له الارض عليها خراج معلوم و ربما زاد و ربما نقص، فيدفعها الى رجل على ان يكفيه خراجها و يعطيه مائتى درهم فى السنة، قال عليه السلام: لا بأس «١» و رواه الصدوق باسناده عن يعقوب بن شعيب عنه عليه السلام.

و صحيح ابن شعيب عن مولانا الصادق عليه السلام عن الرجل تكون له الارض من ارض الخراج، فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال عليه السلام: لا بأس «٢».

قال: و هذه الاخبار ظاهرة فى عدم ضرر جهالة الشرط المذكور.

و فيه: اولا: انه ليس فى هذه النصوص ما يدل على ان ذلك هل هو بعنوان الجعالة او الصلح أو نحوهما المغتفر فيها الجهالة، ام بعنوان الاجارة و شبهها، ثمّ انه

---

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب المزارعة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب المزارعة حديث ٢.

]...[

هل الخراج مجعول جزء من العوض او يكون مجعولا بعنوان الشرط، بل قد يقال انه ليس فيها ما يدل على كون ذلك بعنوان المعاملة، بل هى تلائم مع كون ذلك بحصول التراضى خاصة، و نفى البأس لا يدل على ازيد من الجواز، و لو سلم الاطلاق يقيّد بما دل على مضرية الجهالة للحكومة.

و ثانيا: انه يمكن ان يقال ان هذه النصوص و ما شابهها، متضمنة لحكم معاملة خاصة نظير المصالحة، مفادها تمليك المنفعة للعامل، و تمليك مالك الارض للعمل و نحوه، بلا معاوضة بين العمل و المنفعة، فتأمل و سيأتى لذلك زيادة توضيح فى المسألة اللاحقة.

و ثالثا: ما فى الجواهر ان شرط الخراج فى النصوص من اشتراط كون حق الخراج عليه، نحو اشتراط حق الزكاة على مشترى الثمرة مع عدم العلم بمقدارها، فلا يقدح جهالة ما يؤديه عن ذلك، اذ ليس هو اشتراط قدر بل هو اشتراط حق، و ربما لا يؤدى عنه شيئا، و مرجعه الى صيرورة الزارع كالمالك فى تعلق هذا الحق به الذى لا إشكال فى صحة اشتراط عليه و لو مؤكدا، و مثل ذلك ليس من

الجهالة فی شیء.

و علی الجملة، ما افاده الشهید الثانی من انه مع اشتراط قدر الخراج لا بدّ و ان یکون معلوما هو الصحیح، و المدرک النهی عن الغرر الشامل للشرط ایضا علی ما حقق فی محله.

و الظاهر ان المراد بمئونة الارض ما کان مثل الخراج من اجرة الارض و نحو تلک، مما هو سبب فی الاستیلاء علی کون الارض بیده اجارة و زراعة و غیرهما. و اما ما استظهره فی المسالک من انها ما یتوقف علیه الزرع و لا یتعلق بنفس عمله و تنمیته، کإصلاح النهر و الحائط، و نصب الابواب ان احتیج الیها و الدولاب، و ما لا یتکرر کل سنة، کما فصلوه فی المساقاة، فلا بد فیها من تعیین کونها علی المالک او العامل، الا اذا

و الخرص جائز من الطرفین،

کان هناک عادة ینصرف الیها الاطلاق.

حکم الخرص

اشارة

الرابعة: (و الخرص جائز من الطرفین)، ای یجوز لکل من المالک و الزارع ان یخرص علی الآخر، کما هو المشهور بین الاصحاب.

و الاصل فی ذلک- مضافا الی امکان دعوی انها معاملة مستقلة، یشملها عموم ما دل علی وجوب الوفاء بالعقد «۱» بناء علی ما هو الحق من عدم اختصاصه بالعقود المتعارفة التی لها عناوین خاصة، و إلی امکان ارجاعه الی الصلح غیر المعاوضی، فکانهما یتسالمان علی ان یکون حصة احدهما من المال المشترک کذا مقدار او البقیة للآخر شبه القسمة او نوع منها- جملة من النصوص الخاصة الواردة هنا و فی الثمار:

کصحیح ابی الصباح الکنانی، سمعت ابا عبد اللّه یقول: ان النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم لما افتتح خیبر ترکها فی ایدیهم علی النصف، فلما ادرکت الثمرة بعث عبد اللّه بن رواحة الیهم فخرص علیهم، فجاءوا الی النبی صلّی اللّه علیه و آله و قالوا: انه قد زاد علینا. فأرسل الی عبد اللّه بن رواحة، فقال: ما یقول هؤلاء؟ قال: خرصت علیهم بشیء، فان شاءوا یأخذون بما خرصت، و ان شاءوا اخذنا «۲».

و مرسل محمد بن عیسی، قلت لابی الحسن علیه السلام: ان لنا اکرة فنزارعهم فیجیئون فیقولون: انا قد حزرنا هذا الزرع بکذا و کذا، فاعطوناه و نحن نضمن لکم

---

(۱) المائدة آیة ۲.

(۲) الوسائل باب ۱۰ من ابواب بیع الثمار حدیث ۳.

[...]

ان نعطیکم حصتکم علی هذا الحزر، قال: و قد بلغ؟ قلت: نعم. قال علیه السلام: لا بأس بهذا. قلت: انه یجئ بعد ذلک فیقول: ان

الحرز لم یجیء كما حرزت قد نقص، قال: فاذا زاد یرد علیكم؟ قلت: لا، قال علیه السلام: فلكم ان تأخذوه بتمام الحرز، كما انه اذا زاد كان له كذلك اذا نقص كان علیه «١». و نحوهما غیرهما من النصوص الكثیرة.

و اورد علیه. تارة بانه من قبیل بیع المحاقلة و المزابنة، و هما ان یشتری حمل النخل بالتمر و الزرع بالحنطة، كما فی صحیح البصری «٢» و قد نهی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله عنهما كما فی الصحیح و غیره.

و اخری بانها معاملة ربویه و هی باطلة.

و ثالثة بانه باطل من جهة اتحاد العوض و المعوض.

و الجمیع مردودة، لعدم كون هذه المعاملة بیعا كما مر، و علی فرضه یكون دلیلها اخصّ من ما دل علی بطلان بیع المحاقلة و المزابنة فیخصص به. و به یندفع اشكال كونها ربوبة، مع ان حاصل الزرع و الشجر قبل الحصاد و الجذاذ لیس من المكیل و الموزون، اضف الی ذلك كله ان فی جریان الربا فی مطلق المعاملات حتی ما كان راجعا الی التعاوض كلاما محرراً فی محله. و اما اتحاد العوض و المعوض فیدفعه- مضافا الی انه لا محذور فیه بعد دلالة الدلیل علی الصحة فی المقام- انه لا یكون هنا اتحاد حقیقة، لكون المعوض الحصة المشاعة و العوض المقدار المخصوص من مجموع الحصتین. فلا اشكال فی صحة الخرص.

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب بیع الثمار حدیث ۴.

(٢) الوسائل باب ١٣- من ابواب المزارعة حدیث ٢.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ١٩٢

]...[

ثمّ ان تمام الكلام فی ضمن فروع:

١- هل هو لازم كما لعله المشهور بین الاصحاب، ام یكون جائزاً كما عن المیسیة و ایضاح النافع و التنقیح؟ وجهان. و عن التذكرة الاشكال فی لزومه. یشهد للزومه العمومات الدالة علی لزوم كل عقد و من العقود عقد الخرص، و مرسل محمد المتقدم و غیره من النصوص الصریح بعضها و الظاهر آخر فی ذلك.

٢- هل الزائد علی تقدیر الزیادة ملك للمتقبّل ام اباحة؟ الظاهر هو الاول، كما هو صریح المرسل السابق و ظاهر غیره. فما عن مزارعة القواعد من ان الزائد اباحة علی اشكال، فی غیر محله.

٣- ان مقتضی الاخبار الخاصّة ظهورا او انصرافا او متیقناً اختصاص هذه المعاملة بما اذا كان العوض من الثمرة المخروصة، فلا یجوز الخرص و جعل المقدار فی الذمة من جنس ذلك الحاصل. و الظاهر اختصاص المعاملة عند العقلاء ایضاً بذلك.

۴- ان هذه المعاملة كسائر المعاملات تحتاج الی انشاء، و لا یكفی فیها مجرد الرضا النفسانی، لما مر من ان بناء العقلاء علی عدم ترتیب الآثار علی شیء من المعاملات ما لم تبرز. نعم، لا یعتبر فیها لفظ خاص، بل یصح انشاؤها بكل ما هو مبرز لذلك، بل یصح بالفعل كما فی سائر المعاملات.

۵- الظاهر كما اشرنا الیه كون هذه معاملة مستقلة غیر البیع و الصلح المعاوضی، و لتسم بالتقبّل.

قرار الخرص مشروط بالسلامة

۵- لا إشكال فی ان هذه المعاملة كسائر المعاملات متوقفة صحة و لزوما علی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ١٩٣

فان اتفقا كان مشروطا بالسلامة

التراضی، و فی الاخبار تصریح بذلک، و علیه فان لم یتفقا لم تصح، و ان اتفقا و اوقعاها صحت و لزمت كما مر.

و هل كان قرارها مشروطاً ب شرط آخر و هی السلامة ای سلامة الحاصل، فلو تلف بآفة سماویة او ارضیة كان علیهما كما هو المشهور، ام لا؟.

قال فی المسالک- بعد نسبة الاشتراط الی المشهور-: و مستنده غیر واضح، و حكمه لا- یخلو عن اشكال ان لم یكن انعقد علیه الاجماع، و أنی لهم به و انما هو شیء ذكره الشیخ فی كتبه، و تبعه علیه الباقون معترفین بعدم النص ظاهرا علی هذه اللوازم، انتهی. و ظاهر المحقق الاردبیلی التوقف فی ذلک، و حكی عن التذكرة ایضاً التردد فیه.

و تنقیح القول فی المقام انه تارة نقول فی هذه المعاملة ان تعیین الحصة فی المقدار المعین، لا یجعل ما یستحقه المتقبّل من قبیل الكلی فی المعیّن بل هی باقیة علی اشاعتها، غایة الامر تعیّنها فی مقدار معیّن، و علیه فكون التلف علیهما كما قبل التقبل واضح.

و اخری نقول بان حقیقة هذه المعاملة تعهد احد الشریكین حصة الآخر علی المقدار الذی یراه الخارص، فتفید مضافا الی التعیین خروج العین عن الاشاعة و اختصاصها بالمتقبل كما افاده بعض الأجلة، و لازمه كون ما یستحقه من قبیل الكلی فی المعیّن فلا یكون التلف علیهما و لكن یمكن ان یقال ان المالک و ان ملک بالتقبّل مقداراً معیناً من الحاصل بنحو الكلی فی المعین، الا ان ما یستحقه الزارع ایضاً من قبیل الكلی فی المعین، و هو ما زاد علی ذلک المقدار.

و لیس المقام نظیر بیع صاع من صبرة، فان المبیع هناک كلی فی المعین، و مال المالک لیس ملحوظا بعنوان كلی، اذ لم یقع موضوع الحكم فی البیع حتی یلحظ بعنوان كلی، و هذا بخلاف المقام.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۹۴

و اذا بطلت المزارعة، او لم یزرع العامل، یثبت اجرة المثل

بل المقام نظیر ما لو باع الصبرة إلّا صاعا منها، او باع ثمرة شجرات إلّا ارطالًا معلومة، فكما انه فی تلک المسألة لا إشكال و لا خلاف فی انه لو خاست الثمرة و تلف من الصبرة مقدار منها سقط من المستثنی بحسابه كذلک فی المقام، و السر فی ذلک انه حیث یملک كل منهما كلیا فی المعیّن فالموجود مشترک بینهما، لان نسبة كل جزء منه الی كل منهما علی حد سواء، فتخصیص احدهما به ترجیح من غیر مرجح، و كذا التالف نسبته الیهما علی السواء فیحسب علیهما، و تمام الكلام فی ذلک فی كتاب البیع فی مسألة بیع صاع من الصبرة. و مع الاغماض عن ذلک یمكن توجیهه بالشرط الضمنی بینهما، و إلی ذلک یرجع ما افاده بعضهم بكون ذلک من احكامها العقلائیة.

و علی ما ذكرناه فیلحق اتلاف متلف من الانسان ایضاً بالتلف و المتلف ضامن لكل منهما.

ثبوت اجرة المثل مع بطلان المزارعة

الخامسة: (و اذا بطلت المزارعة، او لم یزرع العامل، تثبت اجرة المثل) كما هو المشهور بین الاصحاب، و الكلام فی موردین:

الاول: فی صورة بطلان المزارعة، و حینئذ تارة تكون الارض بید الزارع، و اخری تكون بید المالک.

اما فی الصورة الاولی، فمدرک ضمانه اجرة المثل للارض ما تقدم منا فی كتاب البیع و الاجارة، من ان المنافع غیر المستوفاة اذا تلفت تحت ید الشخص یكون ضامنا لها. و اما قاعدة ما یضمن بصحیحة یضمن بفاسده- المتوهم شمولها للمقام من جهة ان المزارعة

الصحیحة بالنسبة الی منفعة الارض توجب الضمان، فکذا فاسدها-

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۹۵

]...[

فشمولها لما نحن فیه یتوقف علی القول بکون المزارعة من قبیل المعاوضات، و اما علی المختار من کونها من قبیل المشارکات فلا وجه للتمسک بها، لان منفعة الارض لا تنتقل الی الزارع حتی تضمن.

و أما فی الصورة الثانیة فالظاهر عدم الضمان، لعدم الموجب له من قاعدة الید، او الاتلاف، او احترام المال، و ما شاکل.

الثانی: فیما لو ترک الزارع الزرع حتی انقضت المدة، و فیه وجوه و بعضها اقوال: کونه ضامنا لأجرة المثل للارض، عدم ضمانه اصلا، التفصیل بین ما لو ترکه اختیاراً فالاول او معذورا فالثانی، ضمانه ما یعادل الحصة من منفعة الارض من نصف او ثلث او غیرهما بحسب التخمین، ضمانه بمقدار تلک الحصة من منفعة الارض من نصف او ثلث و من قیمة عمل الزارع.

و الاظهر هو الاول فی مفروض المسألة- و هو کون الارض بید الزارع الی انقضاء المدة- و الثانی مع کونها تحت ید المالک. اما فی الاول فلقاعدة الید بالتقریب المتقدم فی کتاب البیع و الاجارة، لما بیّناه من شمولها للمنافع غیر المستوفاة، و لقاعدة الاتلاف، فان حبس العین و منع مالکها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا. و اما فی الثانی فلعدم الموجب له. ثمّ ان هذا فیما اذا لم یترک الزرع بسبب عذر عام، و الا فیکشف عن بطلان المزارعة.

و لو انعکس المطلب بان امتنع المالک من تسلیم الارض بعد العقد، فقد یقال بانفساخ العقد، لان تلف المعوض قبل القبض موجب لانفساخ العقد، و هو شامل للقهری و الاختیاری، و الاختیاری عام لما اذا استند الی المالک او الاجنبی.

و فیه: انه لو سلم التعدّی عن مورد قاعدة التلف قبل القبض المختص بالبیع الی غیره حتی مثل المزارعة التی لیس فیها تملیک، مع ان للمنع عنه مجالا، فلا اشکال

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۹۶

و یکره اجارة الارض بالحنطة و الشعیر

فی ان التلف غیر شامل للاختیاری المساوق للاتلاف.

و قد یقال ان للزارع اجرة المثل لعمله، لانه ملکه لمالک الارض، و هو قد اتلفه علیه بعدم تسلیم الارض الیه.

و فیه: انه یتم لو کان العمل ملکا لمالک الارض، و لکن قد عرفت ان المزارعة من قبیل المشارکات لا المعاوضات. فالاظهر عدم الضمان و انه لیس له سوی الفسخ.

اجارة الارض للزراعة بالحنطة و الشعیر

السادسة: المشهور بین الاصحاب انه لا یجوز اجارة الارض لزرع الحنطة او الشعیر بما یحصل منها، و ظاهر اطلاق ما فی المتن (یکره اجارة الارض بالحنطة و الشعیر) المخالفة فی المنع، و هی المحکیة عن النافع و المختلف.

و استدل للاول فی الجواهر بعدم کون مال الاجارة موجوداً حینئذ، لا فی الخارج و لا فی الذمة.

و اورد علیه سید العروة بانهما فی نظر العرف و اعتبارهم بمنزلة الموجود کنفس المنفعة، و هذا المقدار کاف فی الصحة.

و فیه: ان المنفعة کما مر غیر مرة عبارة عن الحیثیة القائمة بالعین الموجودة بوجودها، علی نحو وجود المقبول بوجود القابل، و

الحاصل من الارض لیس کذلک. و علیه فکما افاده المستدل بما ان الاجرة لا بدّ و ان تکون موجودة و معلوم الحصول و مملوکة او بحکمها کالاعمال، و الحاصل من الارض غیر معلوم الحصول، مضافا الی عدم وجوده حال الاجارة، تبطل الاجارة.

و به یظهر عدم جواز اجارتها بما یحصل منها و لو من غیر الحنطة و الشعیر، بل

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۹۷

[...]

و عدم جوازها بما یحصل من ارض اخری.

و یمکن ان یستدل للمنع فی اصل المسألة بجملة من النصوص الخاصة:

کموثق ابی بصیر عن مولانا الصادق علیه السلام: لا تؤاجر الارض بالحنطة، و لا بالشعیر، و لا بالتمر، و لا بالأربعاء، و لا بالنطاف، و لکن بالذهب و الفضة، لان الذهب و الفضة مضمون، و هذا لیس بمضمون «۱» بناء علی اختصاص المنع بصورة اجارتها بالحاصل منها حتی یصح التعلیل.

و خبر ابی بردة عنه علیه السلام عن اجارة الارض المحدودة بالدراهم المعلومة، قال علیه السلام: لا بأس. قال: و سألته عن اجارتها بالطعام، فقال: ان کان من طعامها فلا خیر فیه «۲».

و خبر الفضیل بن یسار عن الامام الباقر علیه السلام عن اجارة الارض بالطعام، قال علیه السلام: ان کان من طعامها فلا خیر فیه «۳».

و المناقشة فی السند او الدلالة فی غیر محلها بعد الانجبار بالشهرة العظیمة، مع ان الموثق لا إشکال فیه سندا و لا دلالة کما مر، و التعبیر بلا خیر فیه، لا یصلح لصرف ظهور النهی عن ظاهره، بل ربما یقال انه بنفسه ظاهر فی المنع. و بما ذکرناه ظهر وجه عدم المنع و الجواب عنه.

و هل یجوز اجارة الارض للزراعة حنطة بالحنطة او شعیرا بالشعیر، مع ضمان ذلک فی الذمة، ام لا؟ المشهور الاول علی کراهة، کما فی الحدائق. و عن ابن البراج

---

(۱) الوسائل باب ۱۶- من ابواب کتاب المزارعة و المساقاة حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۱۶ من ابواب کتاب المزارعة حدیث ۹.

(۳) الوسائل باب ۱۶ من ابواب کتاب المزارعة و المساقاة- حدیث ۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۱۹۸

[...]

المنع، و مال الیه الشهید الثانی.

و استدل له بصحیح الحلبی عن ابی عبد اللّه علیه السلام: لا تستأجر الارض بالحنطة ثمّ تزرعها حنطة «۱».

و اورد علیه بانه یعارضه مفهوم التعلیل فی الموثق المتقدم، و مفهوم الشرط فی غیره.

و اجاب عنه الشهید الثانی ره بانه لا منافاة بینه و بین تحریم شرطه من طعامها حتی یجمع بحمله. و ایّده بعض المعاصرین بامکان تعدد وجوه المنع.

و یرد علیهما ان ما افاداه یتمّ ان لم یکن للنصوص المتقدمة مفهوم، و کانت دالة علی المنع فی مواردها، و اما مع ثبوت المفهوم و دلالتها به علی الجواز فی غیر تلک الموارد فلا یتمّ ما افاداه.

و الحق ان يقال: ان النسبة بينها و بين الصحيح عموم من وجه مورد التعارض اجارة الارض للحنطة بحنطة من غير حاصلها مضمونة فى الذمة، فيرجع الى المرجحات، و الترجيح لها للشهرة التى هى اول المرجحات.

نعم، يبقى حينئذ السؤال عن مدرك الكراهة، اذ لو قيّد اطلاق الصحيح بتلك النصوص فلا شيء يشهد لها، و الّا فلا بد من البناء على المنع. و الاستدلال لها بما تضمّن تعليل النهى عن اجارة الارض بحنطة من حاصلها، بقوله عليه السلام: لا يجوز اجارة حنطة بحنطة، و لا شعير بشعير «٢»، لا يتمّ لان حاله حال الصحيح فى التعارض و التقديم. و كيف كان، فالظاهر تسالمهم عليها.

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب كتاب المزارعة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب كتاب المزارعة حديث ١١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج‏١٩، ص: ١٩٩

و لو غرقت الارض قبل القبض بطلت، و لو غرق بعضها تخير العامل فى الفسخ و الامضاء، و كذا لو استأجرها و اما المساقاة فشروطها ستة: العقد من اهله، و المدة المعلومة، و امكان حصول الثمرة فيها،

و لو آجره بالحنطة و الشعير فى الذمة، لكن بشرط الاداء منها، فالظاهر صحة الاجارة و الشرط اذا كان عالما بالتمكن من الاداء منها، و صحة الاجارة و بطلان الشرط اذا لم يكن عالما به. اما صحة الاجارة فللعمومات و خصوص ما مر، و اما بطلان الشرط فى صورة و صحته فى صورة اخرى فبمناط لزوم الغرر و عدمه.

[لو غرقت الارض قبل القبض]

و السابعة: و لو غرقت الارض قبل القبض، و لم يمكن الانتفاع بها بعلاج، بطلت. و لو غرق بعضها كذلك، فبالنسبة الى التالف بطلت ايضاً، و اما بالنسبة الى الباقى تخيّر العامل فى الفسخ و الامضاء، و كذا لو استأجرها كما مر الكلام فى الفرعين مفصلا، الاول فى ذكر شرائط المزارعة، و الثانى فى كتاب الاجارة.

[المقام الثانى] المساقاة

اشارة

و اما المساقاة فقد مر بيان حقيقتها، و مشروعيتها، و لزومها، و بقى الكلام فيها فى جملة من شروطها و احكامها، ف الكلام فى تلك فى موضعين:

[الموضع] الاول: فى شروطها

، و هى ستة.

الاول: العقد من اهله، و ما ذكرناه فى المزارعة جار هنا فلا نعيد.

و الثانى و الثالث: المدة المعلومة و امكان حصول الثمرة فيها، بلا خلاف يعتد به فى اشتراط الاول، و على المشهور فى الثانى، و قد مر الكلام فيهما ايضا فى كتاب المزارعة، لان المدرك و الاقوال فيهما واحد فلا حاجة الى الاعادة، و ما ذكرناه من الفروع المترتبة على

هذین الشرطین هناک تأتی فی المقام.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۰۰

و تعیین الحصهٔ و شیاعها و ان یکون علی اصل ثابت له ثمرهٔ ینتفع بها مع بقائه

و ایضاً قد ظهر مما قدمناه فی المزارعهٔ اعتبار شرط رابع و هو تعیین الحصهٔ.

و اما الخامس، و هو شیاعها، فقد استدلوا لاعتباره تارهٔ بقاعدهٔ الاقتصار علی المتیقن من النص و الفتوی فی عقد المساقاهٔ، المخالف لاصالهٔ عدم الغرر.

و اخری بمنافاهٔ عدم اشاعهٔ النماء بینهما لوضع المساقاهٔ.

و ثالثهٔ بان جملهٔ من نصوصها مختصهٔ بذلک.

و قد مر الکلام فی هذه الوجوه فی کتاب المزارعهٔ و عرفت فساد الجمیع، و انما بنینا علی اعتبار ذلک فی المزارعهٔ لنص خاص مفقود فی المقام، و لکن الاجماع علی عدم الفصل بینهما، بل الاجماع علی اعتبار ذلک فی المقام نفسه، یکفی فی الحکم باعتباره. ثمّ ان هاهنا فروعا مترتبهٔ علی اعتبار هذا الشرط، قد ذکرناها فی باب المزارعهٔ فلا نعید.

و السادس مما قالوا: بانه یعتبر فیما یساقی علیه ان یکون علی اصل ثابت له ثمرهٔ ینتفع بها مع بقائه و هذا ینحل الی امور.

۱- اعتبار کونه اصلا ثابتا، و المراد به ما کان کالنخل و الشجر الذی له ساق، فلا تصح المساقاهٔ علی نحو البطیخ و الباذنجان. قال فی التذکرهٔ: لا- تثبت المساقاهٔ علیها اجماعا. و فی العروهٔ: و لکن لا یبعد الجواز للعمومات، و ان لم یکن من المساقاهٔ المصطلحهٔ، بل لا یبعد فی مطلق الزرع کذلک، فان مقتضی العمومات الصحهٔ بعد کونها من المعاملات العقلائیهٔ و لا تکون من المعاملات الغرریهٔ عندهم، غایهٔ الامر انها لیست من المساقاهٔ المصطلحهٔ.

و یرد علیه انه: حیث یکون مقدار الحاصل غیر معلوم، فلا محالهٔ یلزم الغرر، و علیه فلا وجه للتمسک بالعمومات الدالهٔ علی امضاء کل عقد عقلائی، لانها

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۰۱

]...[

خصصت بما دلّ «۱» علی النهی عن الغرر.

و أما بناء العقلاء علی هذه بالخصوص، فقد یقال انه بضمیمهٔ عدم ردع الشارع کاف فی البناء علی المشروعیهٔ، و به یقید اطلاق دلیل الغرر.

و لکن یتوجه علیه ان ما دل علی النهی عن الغرر یصلح للرادعیهٔ، فلا دلیل علی الامضاء.

فان قیل: ان رادعیته دوریهٔ، لتوقفها علی عدم امضاء ذلک البناء الخاص، و هو متوقف علی رادعیهٔ النهی عن الغرر، و الا فلا ردع غیره فیستکشف الامضاء فهی غیر معقولهٔ.

قلنا: ان رادعیته متوقفهٔ علی ثبوت موضوعه و صدقه علی المورد لا علی شیء آخر، و لو امضی الشارع الاقدس البناء الخاص لزم منه تقیید دلیله، فلا- تتوقف رادعیته علی عدم امضاء ذلک، بل الامضاء متوقف علی عدم رادعیهٔ النهی عن الغرر. و علیه فلا یبقی سوی النصوص الخاصهٔ، و هی اخبار خیبر «۲» و خبران آخران «۳» و مورد الجمیع ماله ساق، فثبوت الحکم فی غیره یحتاج الی دلیل مفقود.

۲- اعتبار کون ما یساقی علیه من الاشجار التی لها ثمرهٔ، فما لا ثمرهٔ له و انما له ورق ینتفع به او ورد او نحو ذلک کالحناء لا تصح المساقاهٔ علیه. و هذا ایضاً مشهور بینهم، و تردد المحقق فی الحکم، بل مال المصنف ره فی محکی القواعد و الشهید الثانی فی

المسالک الی الجواز، و فی الجواهر: و لو قیل بالتفصیل بین المساقاة علی هذه تبعاً لغیرها من اشجار الفواکه فتجوز و مستقلة فلا تجوز لکان وجیها.

(۱) التذکرة ج ۱ ص ۴۶۶- مسألة الطیر فی الهواء و قد سبقه الشیخ فی الخلاف.

(۲) الوسائل باب ۸ من ابواب کتاب المزارعة و المساقاة.

(۳) الوسائل- باب ۹ من ابواب کتاب المزارعة و المساقاة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۰۲

]...[

و استدل للمنع بان هذه المعاملة باشتمالها علی ضرب من الغرر بجهالة العوض علی خلاف الاصل، فیقتصر فیها علی محل الوفاق، و هو شجر الثمرة.

و للجواز بان الورق المقصود کالثمرة فی المعنی، فیکون مقصود المساقاة حاصلا، و بما فی المسالک: و فی بعض الاخبار ما یقتضی دخوله.

اما وجه المنع فهو متین، لو لم یکن فی الاخبار ما یشهد بالدخول، و الا فمعه لا وجه للاقتصار علی المتیقن.

و أما الوجه الاول للجواز فیدفعه ان حصول المقصود لا یکفی فی الصحة بعد کون مقتضی القاعدة عدمها، و احتیاج الصحة الی دلیل.

و أما الوجه الثانی له فلیس المراد بالخبر المقتضی للدخول النص الخاص، بل المراد به:

اما اخبار خیبر، لغلبة الظن بوجود هذه الاشجار فی خیبر، بل عن جامع المقاصد: کاد یکون معلوماً.

و أما خصوص ما تضمن منها ان النبی صلّی اللّه علیه و آله عامل اهل خیبر بشطر ما یخرج من النخل و الشجر «۱» و «ما» من ادوات العموم.

و أما ما تضمن منها المساقاة علی ماله ثمرة، و الثمرة شاملة لها.

و أما خبر یعقوب من شعیب عن الامام الصادق علیه السلام عن الرجل یعطی الرجل ارضه، و فیها رمان او نخل او فاکهة، و یقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لک نصف ما اخرج، قال علیه السلام: لا بأس «۲» بدعوی عموم الفاکهة.

و الجمیع حسنة، و علیه فالاظهر جواز المساقاة علی الاشجار التی ینتفع بورقها

(۱) الوسائل باب ۱۰ من ابواب کتاب المزارعة حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۹ من ابواب کتاب المزارعة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۰۳

و تصح قبل ظهور الثمرة و بعدها مع الاستزادة بالعمل

کالتوت و الحناء.

۳- ان ینتفع به مع بقائه، فلو انعدم بالانتفاع لا تصح المساقاة، و وجهه واضح مما قدمناه.

۴- یعتبر ان یکون ثابتاً مغروساً، فلا یصح فی الودی- ای الفسیل قبل الغرس- و الظاهر انه لا خلاف یعتدّ به فی اعتباره، و وجهه اختصاص النصوص بما هو ثابت. و الاستدلال للصحة فی غیر الثابت بالعمومات، قد عرفت فساده من جهة تقییدها بما دل علی النهی

عن الغرر.

و لا خلاف و لا اشکال فی انه تصح المساقاة قبل ظهور الثمرة، کما لا خلاف و لا اشکال فی عدم صحتها بعد البلوغ و الادراک، بحیث لا- تحتاج الی عمل غیر الحفظ و الاقتطاف، لانها و الحال هذه قد ملکها رب البستان و لم تحصل بالمساقاة زیادة الثمار، فلا موضوع للمساقاة.

انما الخلاف فی صحتها اذا کان بعد ظهورها قبل البلوغ مع الاستزادة بالعمل، فالمشهور بین الاصحاب علی ما فی الحدائق الصحة، و استدل لها بان الغرض من المساقاة تحصیل الثمرة او جودتها، فتجوز فی الفرض تحصیلا لتلک الفائدة. و اید ذلک فی المسالک بان العقد حینئذ ابعد عن الغرر للوثوق بالثمرة، فیکون اولی مما لو کانت معدومة.

و لکن الاول مردود بان الصحة تتوقف علی دلیل، و مجرد وجود الغرض لا یکفی فی ذلک. و یرد علی الثانی ان الاولویة المزبورة غیر قطعیة. فالاظهر عدم الصحة، لاختصاص خبر شعیب المتقدم و قصة خیبر بما قبل الخروج، فلا دلیل علیها بعده، و الاصل عدمها کما مر.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۰۴

و اطلاق العقد یقتضی قیام العامل بکل ما یستزاد به الثمرة

احکام المساقاة

الموضع الثانی: فی احکامها

اشارة

، و فیه مسائل:

الاولی: فی العمل

. لا اشکال فی انه یعتبر کون عمل علی العامل، لیتحقق به عنوان هذه المعاملة.

و هل یعتبر السقی بالخصوص علیه، فلا تصح المساقاة علی اشجار لا تحتاج الی السقی، لاستغنائها بماء السماء او لمص اصولها من رطوبات الأرض، و ان احتاجت الی اعمال اخر، نظرا الی اقتضاء عنوان المساقاة ذلک، و اختصاص خبر شعیب بن یعقوب المتقدم به. ام لا یعتبر ذلک، لان عنوان المساقاة لم یؤخذ فی خبر من الاخبار، و انما هی من اصطلاح العلماء من جهة الاحتیاج الی السقی غالباً و جعله علی العامل، و الّا فاخبار خیبر التی هی العمدة فی المقام خالیة عن ذلک، و خبر شعیب لا مفهوم له کی یدل علی عدم الصحة بدونه، سیّما و ان السقی فی کلام السائل؟ وجهان، اوجههما الثانی.

و لیعلم انه لا خلاف بینهم فی ان بعض الاعمال علی المالک و بعضها علی العامل، و قالوا: ان اطلاق العقد یقتضی قیام العامل بکل ما یتکرر کل سنة، و یستزاد به الثمرة فی الکم او الکیف، کإصلاح الارض بالحرث او الحفر حیث یحتاج الیه و ما یتوقف علیه من الآلات، و تنقیة الاجاجین، و تنقیة الانهار، و السقی و مقدماته المتکررة کالدلو و الرشاء، و اصلاح طریق الماء و تنقیتها من الحمأة، و استقاء الماء، و تهذیب جرائد النخل و الکرم، و التلقیح و اللقاط و التشمیس، و اصلاح موضعه، و حفظ الثمرة الی موقع التقسیم، و ما

شاکل.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۰۵

و علی المالک بناء الجدران و عمل الناضح و الخراج

و ان علی المالک ما لا یتکرر فی کل سنة، أولا یستزاد به الثمرة، و لا یؤثر فی جودتها، ک بناء الجدران و عمل الناضح و الخراج و ما شاکل.

و لا دلیل علی شیء من الضابطین، سوی انه فی المساقاة بحسب الطبع الارض و ما یتبعها علی المالک، و العمل و ما یرتبط به مما هو دخیل فی فعلیة وجود الثمرة علی العامل، و لعله الی هذا یشیر التعلیل فی خبر الکندی المتقدم فی الخراج المتضمن انه علی المالک: بانه علی ارضک.

و انما وقع الخلاف فی بعض الامور انه علی المالک او العامل، مثل البقر الذی یدیر الدولاب، و الکبش للتلقیح، و بناء الثلم، و وضع الشوک علی الجدران، و غیر ذلک. و الاقوی فی الجمیع انه ان کان هناک عادة موجبة لکونها علی المالک او العامل، و الّا فلا بد فی العقد من التعیین علی المالک او العامل او علیهما معا، دفعا للغرر.

و لا- یعتبر فی صحة المساقاة کون جمیع العمل علی العامل، بل لو شرط کون بعضه علی المالک صحت، فان کان المشروط هو ما علیه کان تأکیداً، و ان کان غیره فانما تصح لو کان بعض ذلک و الّا فتبطل، لان الحصة انما یستحقها العامل بالعمل، فاذا دفعه عنه لم یستحق شیئا نعم، لا فرق فی ما یبقی علی العامل بین الاقل و الاکثر، بشرط ان یکون ما یستزاد به الثمرة کما مر.

و ایضا لا- خلاف بینهم فی انه لا- یجب علی العامل العمل بالمباشرة، و یجوز له ان یستأجر الغیر للعمل، و علیه فیجوز ان یستأجر المالک له، فتکون الارض و العمل منه و اجرة العمل علی العامل، و الحاصل بینهما علی ما شرطا. و لو شرطا ذلک فی العقد صح.

و لو شرط العامل علی المالک اجرة العمل، فان کان مع عدم ابقاء شیء من العمل علی العامل بطل، لمنافاته لوضع المساقاة. و ان کان مع ابقاء شیء منه مما یستزاد به الثمرة صح، و ما عن المبسوط من البطلان لمنافاته موضوع المساقاة الذی هو لیس

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۰۶

مع بطلانها یثبت للعامل اجرة المثل و النماء لربه. و لو شرط علی العامل مع الحصة ذهبا او فضة، کره

الا- دفع الا-صول من المالک، یدفعه انه لا- دلیل علی اعتبار ذلک بنحو ینافیه اشتراط خلافه. و ان کان مع بقاء ما لا یستزاد به الثمرة، ففی المسالک ذکر فیه وجهان، و لکن قد ظهر مما قدمناه ان الاظهر هو البطلان.

الثانیة: فی بیان حکم ما لو بطلت المساقاة

، و انه هل یستحق العامل شیئا ام لا. و المشهور بین الاصحاب انه مع بطلانها یثبت للعامل اجرة المثل، و قد مر الکلام فی نظیر المسألة فی باب المزارعة فیما اذا بطلت، و جمیع ما ذکرناه فی تلک المسألة جاریة فی المقام، فلا وجه للاعادة. و مما ذکرناه هناک یظهر ان النماء لربه فی المقام.

[الثالثة] کراهة اشتراط الذهب و الفضة

الثالثة: لا إشكال و لا خلاف فى انه لو شرط على العامل مع الحصة ذهبا او فضة جاز، لانه شرط ليس مخالفا للكتاب و السنة و لا لمقتضى العقد، فيشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط «١» انما الكلام فى موردين:

احدهما: فيما افاده بقوله (كره)، و هذا و ان كان مشهورا بينهم بل عن غير واحد نفى الخلاف فيه، الا انه لا دليل عليه. و لا وجه لما فى الجواهر- قال: و لعل مثل ذلك كاف فى ثبوتها للتسامح فيه- فان التسامح انما هو فى السنن و المستحبات لا فى المكروهات، مع انه فيما اذا ورد خبر ضعيف و لا دليل على التسامح بدونه و لو مع فتوى المشهور.

---

(١) الوسائل باب ۶ من ابواب الخيار كتاب التجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٢٠٧

و وجب الوفاء مع سلامة الثمرة

ثانيهما: ان اكثر الاصحاب بعد ما قالوا فى فرض الاشتراط و وجب الوفاء الذى يقتضيه عموم دليل الشرط، قيّدوه بقولهم مع سلامة الثمرة، فلو تلفت الثمرة اجمع بآفة لم يلزم الوفاء به، و كذا اذا لم تخرج. و عن جماعة وجوب الوفاء به، و عدم سقوط الضميمة. و فصل بعضهم بين صورة عدم الخروج اصلا فتسقط و صورة التلف فلا.

و استدل للاول بامتناع استحقاق احد العوضين او بعضه بدون ما يقابله من العوض الآخر، فان الشرط جزء من العوض. و بان الفائدة ركن فى المساقاة فمع عدمها لا يكون شىء فى مقابل العمل، و الضميمة المشروطة لا تكفى فى العوضية، فتكون المعاملة باطلة من الاول، و معه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط.

و لكن يرد على الاول ان الشرط ليس جزء من العوض، بل هو التزام مستقل فى ضمن التزام، و لذا تخلّفه يوجب الخيار لا فساد العقد و لا سقوط شىء من العوض.

و يرد على الثانى ان حقيقة المساقاة بحسب الارتكاز العرفى هى المشاركة فى استخراج الاثمار، بضم العمل من احدهما الى الاصول من الآخر على ان تكون الفائدة بينهما، نظير المزارعة و المضاربة، و يستتبع العقد عليها تسليط من المالك للعامل على الاصول للاستنماء له و للمالك، فليست الفائدة ركنا فى المساقاة بالمعنى المزبور، و لذا لا يستحق العامل اجرة عمله اذا لم تخرج او خرجت و تلفت فى غير صورة ضم الضميمة، بدعوى الكشف عن بطلانها من الاول و احترام عمل المسلم.

فان قيل: فعلى هذا، يلزم صحة المساقاة مع الاطمينان بعدم الفائدة.

قلنا- مضافا الى ان المعاملة المفروضة سفهية-: انه لا يتمشى القصد الجدى الى المعاملة مع الاطمينان بعدم الفائدة، مع انه لو سلم كون المساقاة من المعاوضات لا المشاركات، فالمعاوضة انما هى بين العمل من العامل و بين منفعة الارض و تسلط

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٢٠٨

]...[

العامل على الاصول و الفائدة خارجة عن طرفى المعاوضة. اضف الى ذلك كله انه لو تمّ ما ذكر وجها للبطلان، فانما هو فى صورة عدم الخروج لا- فى صورة خروج الفائدة و تلفها، لان العامل يملك حصة من الثمرة بالظهور، فاذا تلف بعضها تلف فى ملكه بعد استحقاقه اياه. فالاظهر هو لزوم الوفاء بالشرط و عدم السقوط.

و اولى من ذلك فى عدم السقوط و وجوب الوفاء ما لو شرط من العامل على المالك، و المحقق الثانى ره- بعد حكاية السقوط و عدم وجوب الوفاء فى هذه الصورة عن التذكرة و التحرير- قال: و فيه نظر، لان العوض من قبل العامل و هو العمل قد حصل، و الشرط

قد وجب بالعمل، فکیف یسقط بغیر مسقط، فان تلف احد العوضین لا یوجب سقوط البعض الآخر مع سلامة العوض الآخر، انتهی. و تبعه فی المسالک.

و یرد علیهما اولا: ان المساقاة من المشارکات لا المعاوضات.

و ثانیا: انها لو کانت من المعاوضات فاحد العوضین العمل، و الآخر التسلیط علی الاصول لا الفائدة.

و ثالثا: ان الشرط لیس جزءاً لأحد العوضین کما مر.

و رابعا: ان تلف احد العوضین او عدم وجوده یوجب السقوط بحسابه من الآخر، فیلزم فی الفرض استحقاق العامل زائدا علی الشرط اجرة بعض عمله المقابل للفائدة علی ما افاده.

و بما ذکرناه ظهر حکم ما لو کان التالف البعض خاصة فی الصورتین، فانه لا إشکال علی ما ذکرناه فی عدم سقوط الضمیمة و وجوب الوفاء بالشرط، و کذا فی صورة القصور فی الخروج.

لکن فی محکی القواعد: و فی تلف البعض الآخر او قصور الخروج اشکال، و افاد المحقق الثانی ره فی منشأ الاشکال بقوله: من ان الشرط محسوب من احد

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۰۹

[...]

العوضین، و لا ریب فی ان مجموع احد العوضین مقابل بمجموع الآخر فیقابل الاجزاء بالاجزاء، فاذا تلف بعض احد العوضین وجب ان یسقط مقابلة من العوض الآخر، الی ان قال: و من ان مقابلة الاجزاء بالاجزاء فی عوض المساقاة منتفیة، لان الفائت و التالف عند حصول التلف او نقصان الخروج غیر معلوم، فلو تحققت المقابلة لم یکن الساقط فی مقابله معلوما، انتهی.

و یرد علیه- مضافا الی ما تقدم-: ان عدم معلومیة الساقط لا یوجب وجها، لعدم مقابلة الاجزاء بالاجزاء اذا کانت حقیقة المعاوضة مقتضیة للمقابلة، مع انه لو سلم فانما هو فی صورة نقصان الخروج لا صورة التلف بعد الظهور.

و لا یخفی ان جمیع ما ذکرناه انما هو فی صورة عدم الشرط، و الّا فان أخذ خروج الثمرة و سلامتها شرطا لالتزامه، فلا اشکال فی سقوط الضمیمة، و عدم وجوب الوفاء بالشرط مع تلف الثمرة او عدم خروجها، و لذلک ربما یقال انه لا یبعد ان یکون خروج الثمرة و سلامتها عن التلف شرطا ضمنیا لالتزامه، و لو تمّ فلا اشکال فی السقوط لو انتفی احد الامرین، الا ان الظاهر عدم تمامیته.

اشتراط مساقاة فی ضمن مساقاة اخری

الرابعة: اذا قال: ساقیتک علی هذا البستان بکذا علی ان اساقیک علی الآخر بکذا، فعن الشیخ انه یبطل، لانه کالبیعین فی بیع المنهی عنه، و لعدم لزوم هذا الشرط الذی هو بمنزلة الوعد، و الفرض انه سبب فی زیادة العوض او نقصانه و لم یعرف مقدار ذلک فیتجهل و یبطل.

و فیه: ان مفروض المسألة لو کان نظیر شیء، فانما هو نظیر ما لو باع شیئاً

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۱۰

[...]

بثمن معین بشرط ان یبیعه شیئاً آخر بثمن آخر الذی لیس منهیا عنه، فان المنهی عنه البیع حالا بکذا و مؤجلا بکذا، و البیع علی تقدیر

بثمن و علی تقدیر آخر بثمن آخر «۱» و أی ربط لذلک بما نحن فیه.

و أما ما افاده من عدم لزوم هذا الشرط، فیرد علیه: انه لا وجه له بعد عموم وجوب الوفاء بالشرط، و کونه شرطاً فی ضمن عقد لا کونه وعداً، مع ان عدم وجوب الوفاء به لا- یوجب بطلان العقد و ان صار داعیا للزیادة او النقصان، فان تخلف الدواعی و الاغراض و ان کانت دخیلة فی الزیادة و النقصان لا توجب خللا فی العقد. فالاظهر هی الصحة و لزوم الوفاء بالشرط.

فان قیل: ان هذه المعاملة علی خلاف القواعد کما مر، فلا بد من الاقتصار علی المتیقن، و هو فاقد الشرط.

قلنا: انه لو کان الشرط جزء لأحد العوضین کان ما افید تاما، و اما علی ما هو الحق من کونه خارجاً عن العقد و التزاماً مستقلا فی ضمنه فلا یتم، لعدم قصور فی العقد، و عدم زیادة شیء فیه و لا نقصانه منه، کی یتوهم عدم شمول دلیل الامضاء له.

الخامسة:

فی جواز مساقاة العامل غیره ان لم یشترط المباشرة

اقوال- ثالثها: عدم الجواز قبل ظهور الثمرة و الجواز بعده، رابعها: الجواز مع اذن المالک و عدمه بدونه- اقواها المنع مطلقا.

لا لما افاده فی المسالک من ان الاصل فی هذه المعاملة ان تقع علی الاصول المملوکة للمساقی، و العامل لا یملک منها سوی الحصة من الثمرة بعد ظهورها، و باختلاف الناس فی العمل و تفاوت الاغراض فیه.

(۱) الوسائل باب ۲ من ابواب احکام العقود کتاب التجارة.

[...]

فان شیئا من ذلک لا یصلح دلیلا للمنع، اذ کون المعاملة علی الاصول لا یقتضی عدم الجواز من المساقی بعد معلومیة ارادة سقیها و نحو ذلک من المعاملة علیها، فهی حینئذ کالارض فی المزارعة فکما لا تعتبر هناک الملکیة کذلک فی المقام، و اختلاف الناس فی العمل مشترک فیها و فی المزارعة و الاجارة.

بل لان هذه المعاملة علی خلاف القواعد باعتبار الغرر و الجهالة، و لا نص خاص فی المقام، و مقتضی الاقتصار علی المتیقن هو ذلک. و به یظهر عدم الفرق بین اذن المالک و عدمه، و لابین ظهور الثمرة و عدمه.

المغارسة باطلة

تذییل: المغارسة معاملة خاصة علی الارض، لیغرسها العامل علی ان یکون الغرس بینهما- و هی مفاعلة منه- و هی باطلة عندنا، کذا فی المسالک، و فی الجواهر: الاجماع بقسمیه علیه. و عن المحقق الاردبیلی و صاحب الکفایة الاشکال فیه، و فی العروة: و هو فی محله ان لم یتحقق الاجماع، و تبعه جمع من محشیها.

و استدل للاول بان عقود المعاوضات موقوفة علی اذن الشارع و هو منفی هنا. و لکن لو کان مدرک البطلان ذلک امکن الاشکال فیه، بانه و ان لم یرد نص خاص بمشروعیتها- و ما یظهر من بعض النصوص محمول علی وقوع ذلک بعقد صلح او اجارة لا علی مشروعیة هذا العقد- الا انه یکفی فی الحکم بالصحة ما دلّ علی وجوب الوفاء بالعقد «۱» الشامل للعقود العقلائیة غیر ما له عنوان

خاص فی الاخبار،

---

(۱) سورة المائدة آیة ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۱۲

الفصل الثالث: فی الجعالة

فالصحیح ان یستدل له بان ذلک العموم قد خصص بما تضمن النهی عن الغرر «۱» الکافی فی الردع، لو کان هذا عقدا خاصا و معاملة مخصوصة فصحته تتوقف علی دلیل خاص مفقود. فالاظهر هو البطلان.

و علی البطلان فالغرس لصاحبه بلا کلام. و هل للآخر علیه اجرة مثل عمله لو کان لمالک الارض و اجرة المثل للارض مدة شغله بها لو کان للعامل، ام لیس له ذلک، ام یفصل بین صورة جهل الغارس فالاول و علمه فالثانی؟ اقوال.

اظهرها الاول، لا لقاعدة ما یضمن بصحیحة یضمن بفاسده لما مر من ان عموم الموصول فیها اصنافی لا أفرادی و هذه المعاملة لیس لها صنفان صحیح و فاسد فلا تشملها القاعدة.

بل لاستیفاء منفعة مال الآخر او عمله، و قد مر أن مقتضی قاعدة علی الید و غیرها ضمان المنافع المستوفاة، و ما فی ضمنها من الاذن لیس اذنا فی الاستیفاء مجاناً کی ینافی مع الضمان بل بعوض، فهو یؤکد الضمان، و لا فرق فی ذلک بین صورة العلم بالبطلان و الجهل به.

و هل للمالک قلع الغرس أو أمره به، ام یجب علیه الابقاء مع الارش او بدونه؟ وجوه، و قد تقدم تنقیح القول فی ذلک فی باب المزارعة فی مسألة المزارعة الفاسدة، فانها نظیر المقام فلا نعید ما ذکرناه.

الجعالة

الفصل الثالث: فی الجعالة

اشارة

و هی بتثلیث الجیم، و کسرها اشهر، کذا فی

---

(۱) التذکرة ج ۱ ص ۴۶۶.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۱۳

]...[

المسالک. و هی کما ذکروه لغة اسم لما یجعل للانسان علی عمل شیء، و لا حقیقة شرعیة لها و لا متشرعیة، بل فی الشرع تستعمل فیما وضعت له، غایة الامر اضاف الشارع الاقدس فی موضوع الآثار قیودا، و إلی هذا نظرهم حیث قالوا: و هی شرعا التزام عوض عمل محلل مقصود. و کیف کان، فلا خلاف بین المسلمین فی مشروعیتها، و علیها الاجماع فی کثیر من الکلمات.

و الاصل فی شرعیتها- مضافا الی عمومات امضاء المعاملات، کقوله تعالی لَا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ «۱» و تخصیصها بالتجارات و العقود التی کانت متعارفة فی زمان صدورها بلا وجه، بعد کونها متضمنة لبیان الحکم الخالد

الباقی فی جمع الاعصار و کونها من قبیل القضایا الحقیقیة، مع ان الجعالة من التجارات التی کانت متداولة فی ذلک الزمان.

قوله سبحانه وَ لِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِیرٍ «۲» بناء علی ما هو الحق من حجیة مثله ما لم یعلم النسخ.

و جملة من النصوص کخبر عبد اللّه بن سنان، قال: سمعت ابی یسأل ابا عبد اللّه علیه السلام و انا اسمع، فقال: ربما آمر الرجل فیشتری لنا الارض و الدار و الغلام و الجاریة و نجعل له جعلا، قال علیه السلام: لا بأس «۳» الی غیر ذلک من النصوص الآتی طرف منها فی ضمن المباحث الآتیة.

و تنقیح القول فیها فی موضعین:

الاول: فی حقیقتها، و ما یعتبر فیها، و فی الجاعل و العامل.

---

(۱) النساء آیة ۲۹.

(۲) سورة یوسف آیة ۲۷.

(۳) الوسائل باب ۴- من ابواب الجعالة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۱۴

و لا بد فیها من الایجاب و القبول

الثانی: فی الاحکام.

[الموضع الاول فی حقیقتها]

اشارة

اما الاول فقد وقع الخلاف فی انها من العقود او الایقاعات، صریح المتن حیث قال: و لا بد فیها من الایجاب و القبول هو الاول، و ظاهر الشرائع انها تتحقق بکل من الوجهین، حیث انه صرح أولًا بأنها لا تفتقر الی قبول، ثمّ ذکر بعد ذلک انها عقد جائز، و المراد انه لا یشترط فی تحققها القبول، و الا فلو اوقعت بنحو الایجاب و القبول تکون عقدا.

و الاظهر عدم اشتراط القبول، لان العقد انما هو فیما یتوقف تحققه علی الالتزامین من الطرفین، و اما ما حقیقته و قوامه بجعل واحد و التزام فارد فهو لیس من العقود، و المقام کذلک، فان الجعالة من قبیل التسبیب الصادر من الشارع نحو من فعل کذا فله کذا المعلوم عدم کونه عقدا، و بالجملة الجعالة بما لها من المفهوم العرفی الذی علیه بناء العقلاء من الانشاءات القائمة بشخص واحد فهی من الایقاعات.

و یؤیده امور:

۱- ما ذکروه من انه لو انشأها الجاعل و عمل العامل بغیر قصد الی الجعالة، بل و مع الغفلة عنها و عن کون فعله قبولا، صح عمله و استحق الجعل، و لو کانت من العقود لزم عدم صحته و عدم استحقاقه الجعل، لعدم تمامیة الجعالة. و ما عن بعضهم من کفایة الرضا الباطنی و لو التقدیری منه فی القبول و هو حاصل، لا وجه له، بل هذا فی الحقیقة التزام بعدم اشتراط القبول.

۲- انه لو کانت الجعالة من العقود لزم مقارنة القبول لایجابها کما هو الشأن فی العقود علی المشهور، مع انه تجوز الجعالة، و ان طال العمل المتوهم کونه قبولا و وقع الفصل بینه و بین الایجاب.

۳- ترتب اثرها علی من لم یرد الفعل اولا ثمّ اراد و فعل حتی لو تلبس بالعمل،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۱۵

کقوله من رد عبدی او فعل کذا فله کذا،

ثمّ رفع یده عنه بل ردها ثمّ عاد الیه، اذ لو کان ذلک من العقود افتقر الی ایجاب آخر بعد الرد.

۴- صحتها من غیر مخاطب خاص، و ممن لم یسمع عبارة الجعل. الی غیر تلکم من الاحکام و الآثار المنافیة لکونها من العقود.

و أما ما عن التذکرة من الاجماع علی انها عقد جائز، و عن جامع المقاصد: ظاهرهم انها من العقود الجائزة فیکون القبول فیها فعلیا، فمحمولان علی ارادة ما قدمناه من انها تتحقق بکل من الوجهین، او علی ارادة العهد منه، لصدوره ممن ظاهره او صریحه الایقاعیة.

و أما خبر علی بن جعفر عن اخیه (ع) عن رجل قال لرجل: اعطیک عشرة دراهم و تعلمنی علمک و تشارکنی، و هل یحلّ ذلک له؟ قال علیه السلام: اذا رضی فلا بأس «۱» فلا ینافی ذلک، لعدم ظهور الرضا فی القبول العقدی، و من الجائز ارادة عدم البأس مع تراضیهما علی ذلک.

فالمتحصل مما ذکرناه انها لیست من العقود، و ان کان یمکن تحققها بکل من الوجهین.

و لا تتحقق الجعالة بالعلم بالرضا الباطنی و ان کان فعلیا، لما مر من انه یعتبر فی العقود و الایقاعات اظهارها بمظهر من قول او فعل. نعم، لا یعتبر لفظ مخصوص، بل تتحقق بکل لفظ مبرز لها، کقوله: من ردّ عبدی او فعل کذا فله کذا، أو نحو ذلک. و عن التذکرة: الصیغة کل لفظ دال علی الاذن فی العمل و استدعائه بعوض یلزمه، کقوله: من رد عبدی، أو خاط ثوبی، او بنی لی حائطا، او ما اشبه ذلک من

---

(۱) الوسائل باب ۶ من ابواب الجعالة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۱۶

و لا یفتقر الی القبول لفظا، و یجوز علی کل عمل محلل مقصود

الاعمال المحللة المقصودة فی نظر العقلاء. و قریب من هذه العبارة عبارات غیرها من الکتب الفقهیة، المتفقة علی تحققها بکل لفظ من غیر فرق بین «من رد» و «ان رددت» و غیرهما.

و الظاهر جریان المعاطاة فیها، بناء علی ما تقدم فی کتاب البیع من ان جریانها فیه علی القاعدة، لا من جهة النص الخاص او الاجماع، و لذلک بنینا علی جریانها فی جمیع العقود و الایقاعات الا ما خرج بالدلیل.

و دعوی ان المعاطاة من باب المفاعلة، فیعتبر فی تحققها الفعل من الجانبین، فتختص بالعقود. مندفعة بان لفظ المعاطاة لیس عنوانا لموضوع الحکم، و المراد بها الانشاء الفعلی، فتشمل کل فعل مبرز للاعتبار النفسانی. و علیه بنینا علی عدم اعتبار العطاء فیها، و تحققها بکل فعل مبرز للاعتبار، و لو کان حرکة الرأس فی جواب من سأله هل لمن رد عبدک او فعل کذا کذا.

ثمّ علی القول بانها من العقود الظاهر عدم الخلاف و لا الاشکال فی انه لا یفتقر الی القبول لفظا، و هو مقتضی القاعدة کما اسلفناه.

الجعالة علی العمل المحرم

و اما ما یصح الجعالة فیه فقد طفحت کلماتهم بانه یجوز الجعالة علی کل عمل محلل مقصود للعقلاء، و هو مما لا إشکال فیه فی الجملة لإطلاق الادلة، انما الکلام فی امور:

۱- هل تصح الجعالة علی الواجب ام لا کما صرح به جماعة حتی انهم قالوا: لو قال من دلّنی علی مالی فله کذا، فدلّه من کان المال

فی یده لم یستحق الجعل، لان ذلک واجب علیه؟ وجهان مبنیان علی ما تقدم فی المکاسب من جواز اخذ العوض علی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۱۷

]...[

الواجب و عدمه، و حیث ان المختار کما مر جوازه، فالاظهر هو الاول.

۲- هل تصح الجعالهٔ علی الحرام ام لا؟ وجهان.

قد استدل للثانی بان العمل المحرم غیر مملوک، فلا ملک حتی یملک بعوض. و بان المحرم لا مالیهٔ له، فلا یقبل المعاوضهٔ علیه. و بان العمل المحرم لو سلم کونه ملکا و مالا- إلّا ان الشارع الاقدس بتحریمه سلب احترامه، و المال غیر المحترم لا یعوض بشیء، لفرض انه هدر عند الشارع. و بان الحرمهٔ سالبهٔ للقدرهٔ و السلطان علی التصرف، و من المعلوم کون السلطنهٔ من شرائط النفوذ.

و لکن یرد علی الاول ان العمل المحرم کیف لا یکون مملوکا بعد ان لا تقابل بین الملکیهٔ و الحرمهٔ باحد انحاء التقابل، من التضاد و التناقض و التضایف بین المتعاندین فی الوجود، و التقابل بالعرض و التبع متفرع علی شرطیهٔ الاباحهٔ للتملک، مع انه لا تعتبر الملکیهٔ فی الجعالهٔ، بل العمل قبل الجعالهٔ لیس ملکا للعامل.

و علی الثانی ان العمل المحزم ان کان فی نفسه مالًا عند العقلاء، فالنهی عنه لا یکون معدما لمالیته، بل هو نهی عن ایجاد المال، کما ان الأمر باتلاف العبد الجانی امر باعدام المال.

و علی الثالث ان هدر المال غیر هدر المالیهٔ، فمال الکافر الحربی مسلوب الحرمهٔ من حیث المالیهٔ، لجواز اخذه بلا عوض منه قهرا، و مع ذلک یصح ایقاع المعاوضهٔ علیه، و الاحترام من حیث المالیهٔ لیس من شرائط نفوذ المعاملهٔ.

و علی الرابع ان السلطنهٔ الوضعیهٔ محفوظهٔ مع الحرمهٔ، و التکلیفیهٔ لیست من شرائط نفوذ المعاملهٔ.

فالصحیح ان یستدل له بما فی خبر تحف العقول المتلقی بالقبول من تعلیل فساد بیع ما لا منفعهٔ محللهٔ له بحرمهٔ التصرف، و کذا فی اجارهٔ الانسان نفسه فیما هو

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۱۸

و ان کان مجهولا

محرم علیه «۱» فیستفاد منه ان ما تمحض فی الجههٔ المحرمهٔ لا یجوز ایقاع ای عقد او ایقاع علیه، فیفهم منه ان کونه محرما یوجب سقوطه عن المالیهٔ شرعا فلا یعوض. و یؤیده النبوی المشهور: ان اللّه اذا حرم شیئا حرم ثمنه «۲» وجه جعله مؤیدا لا دلیلا عدم وجوده فی اصل من اصول العامهٔ و الخاصهٔ، و الموجود فی اصولهم هکذا: ان اللّه اذا حرّم علی قوم أکل شیء محرّم حرّم علیهم ثمنه «۳». و کیف کان، فلا شبههٔ فی اعتبار اباحهٔ العمل بمعنی عدم حرمته.

حکم الجهل بالعمل، او العوض

۳- لا إشکال فی انه یجوز الجعل علی العمل و ان کان مجهولا، لا لما فی الشرائع من انه عقد جائز، بل لان بناء مشروعیتها علی جهالهٔ العمل و الغرض منها تحصیل الاعمال المجهولهٔ، فیقید بدلیلها اطلاق ما دل علی النهی عن الغرر.

و هذا واضح، انما الکلام فی انه هل یعتبر کون العوض معلوما کما هو المشهور بین الاصحاب ام لا کما عن بعض؟ و ملخص القول فیه: ان معلومیهٔ العوض تارهٔ یراد بها التعیین المقابل للتردید. و اخری یراد بها ما یقابل الجهل الموجب للوقوع فی الغرر و الخطر. و ثالثهٔ یراد بها ما یقابل الجهالهٔ و لو لم توجب غررا.

اما اعتبار المعنى الاول فواضح، فان المردّد من حيث هو مردّد لا مالية له و لا

(۱) الوسائل- باب ۲- من ابواب ما يكتسب به من كتاب التجارة حديث ۱.

(۲) اورده العامة و الخاصة فى كتبهم الاستدلالية- راجع البحار- ج ۲۳ ص ۱۷- و مسند احمد ج ۱ ص ۳۲۲.

(۳) مسند احمد ج ۱- ص ۲۴۷- و ۲۹۳- السنن الكبرى ج ۶- ص ۱۳.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۹، ص: ۲۱۹

]...[

وجود و لا تحقق، فهو غير قابل للملكية و الاستحقاق عقلا.

و أما الثانى فيشهد لاعتباره المرسل المروى فى كتب الفقهاء المتلقى بالقبول: نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عن الغرر «۱» و قد مر فى كتاب الاجارة الاشكال فى الاستدلال به و الجواب عنه، و بيّنا دلالته على بطلان كل معاملة غررية، و منها الجعالة.

و أما الثالث فظاهر المشهور- حيث قالوا: لا بدّ و ان يكون معلوما بالكيل، او الوزن، او العدد ان كان مما جرت العادة بعدّه- اعتباره، و لكن لا دليل عليه. فالاظهر عدمه كما مر فى الاجارة.

و لا فرق فى اعتبار المعلومية الرافعة للغرر بين كون الجهالة مانعة عن التسليم و عدمها. فما عن القواعد: لو قيل بجواز الجهالة اذا لم تمنع من التسليم كان حسنا، كقوله: من ردّ عبدى فله نصفه- و عن المحقق الثانى تقويته، و عن الايضاح انه اصح، و نفى عنه البعد فى محكى الروضة، و فى الجواهر، و لعله الاقوى- ان اريد بها الجهالة بالحصول فهو قوى، فانها كما افيد لا تمنع عن التسليم فى ظرف الاستحقاق و هو بعد الرد، و ان اريد بها الجهالة حتى من ناحية اوصاف العبد الدخيلة فى المالية فلا يتم، لعموم ما دل على النهى عن الغرر، و رفع الغرر فى زمان التسليم لا يكفى فى البناء على الصحة كما فى سائر العقد و الايقاعات.

و يعتبر فى الجاعل اهلية الاستئجار من البلوغ و العقل و عدم الممنوعية من التصرف فى امواله و غيرها، لان ما دل على اعتبارها فى الاجارة من حديث رفع القلم «۲» و حديث رفع ما استكره عليه «۳» و ما شابههما يدل على اعتبارها فى الجاعل. و اما العامل

(۱) التذكرة ج ۱- ص ۴۶۶.

(۲) الوسائل باب ۴ من ابواب مقدمة العبادات و باب ۳۶ من أبواب القصاص فى النفس.

(۳) الوسائل باب ۶ من ابواب جهاد النفس.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۹، ص: ۲۲۰

]...[

فلا يعتبر فيه سوى امكان تحصيل العمل عقلا و شرعا، و ذلك لتمامية الجعالة قبل العمل بلا دخل للعامل فيها، و انطباق موضوع الحكم على فرده قهرى، هكذا استدل فى المقام. و لكن مقتضى اطلاق حديث رفع القلم عن الصبى و المجنون رفع كل حكم تكليفى او وضعى عن الصبى، كان سببه فعله القصدى او غير القصدى، كان فى رفعه منّة على الامة ام لم يكن، كان ترتب الاثر منوطا بكمال العقل و استشعار الفاعل ام لم يكن.

و على ذلك فيشكل القول باستحقاق الجعل برد الصبى المميز من غير اذن وليه، كما عن التذكرة و فى المسالك و غيرهما. نعم، لو اكره البالغ العاقل على العمل، او كان محجورا، استحق الجعل. اما فى الاول فلورود حديث نفى الاكراه فى مورد الامتنان و لا منّة فى

رفع هذا الاثر، و اما الثانی فلعدم کونه تصرفا مالیا کما انه لو اذن الولی یستحق غیر المکلف الجعل ان عمل.

و لا- یعتبر فی العامل التعیین بلا خلاف، لإطلاق الادلهٔ. و فی صحهٔ الجعل علی عمل للغیر، کما لو قال: من رد ضالهٔ زید فله کذا، کلام تقدم فی کتاب الاجارهٔ، و قد عرفت انه یصح الاستئجار علیه فضلا عن الجعالهٔ، بل تصح الجعالهٔ علی عمل یعود نفعه الی العامل نفسه اذا کان له غرض عقلائی.

الجعالهٔ عقد جائز من الطرفین

الموضع الثانی: فی الاحکام

اشارهٔ

، و الکلام فیه فی طی مسائل:

[الجعالهٔ عقد جائز من الطرفین]

الاولی: لا- خلاف بینهم فی ان الجعالهٔ من الامور الجائزهٔ من الطرفین، بمعنی تسلط کل من العامل و المالک علی فسخها، سواء جعلناها عقدا او ایقاعا.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۲۱

فان کان العوض معلوما لزم بالفعل و الا فاجرهٔ المثل،

و استدل له فی المسالک بانها من حیث عدم اشتراط القبول فیها، بمنزلهٔ امر الغیر بعمل له اجرهٔ، فلا یجب المضی الیه من الجانبین.

اقول: اما جواز فسخ العامل فلا- أری له وجها، فان الجعالهٔ عبارهٔ عن الایجاب و الاذن فی الفعل و حکمه بعد الاذن بیده، و لا ربط لذلک بالعامل کی یکون له الفسخ، و کونه بحیث لو عمل استحق الجعل من آثار فعل الموجب و لیس ذلک تحت اختیار العامل و قدرته، و لذا قال فی الجواهر: فمعنی قولهم یجوز للعامل الفسخ انه لا- یجب علیه الوفاء بالعمل. و اما الجاعل فکما افاده یجوز له الفسخ، لما افاده، و للاجماع و التسالم علیه. و هل یجوز ذلک حتی بعد التلبس بالعمل؟ کلام سیأتی عند تعرض المصنف ره له.

الثانیهٔ:

اذا بذل جعلا علی ردّ الضالهٔ مثلا

، فان کان العوض معلوما لزم علی الجاعل بالفعل بلا خلاف و لا إشکال، و الا کما لو ذکر عوضا و لم یعیّنه ف یجب علیه مع الفعل ردّ اجرهٔ المثل، لاحترام العمل و الفرض انه لم یعمله مجانا. و دعوی انه مع علم العامل ببطلان الجعالهٔ یکون کالمتبرع فی عمله فلا یستحق شیئا، مندفعهٔ بانه لا یکون متبرعا فی عمله بل یعمل لاخذ العوض، فکیف یکون بحکمه! هکذا استدلوا له فی المقام و غیره من نظائره.

و قد مر فی کتاب البیع و الاجارهٔ ان مدرک قاعدهٔ الاحترام: اما قوله علیه السلام: لا یحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه «۱» أو قوله صلّی اللّه علیه و آله:

---

(۱) الوسائل باب ۳ من ابواب مکان المصلی- و المستدرک ج ۱ ص ۲۱۲- و الاحتجاج ص ۲۶۷- مع اختلاف فی المتن.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۲۲

[...]

حرمة ماله کحرمة دمه «۱» او قوله: لا- یصلح ذهاب حق احد «۲». و شیء من تلکم لا- یدل علیها، اذ الاولان ظاهران فی الحرمة التکلیفیة، بمعنی انه لا- یجبر المسلم علی العمل و لا- علی اخذ ماله منه و لا- یقهر علیهما، و لا نظر لهما الی الحکم الوضعی و هو الضمان. و الثالث یدل علی عدم ذهاب الحق، و الکلام انما هو فی ثبوته، و الحکم لا یصلح لاثبات موضوعه. و تمام الکلام فی الجزء الخامس عشر من هذا الشرح.

و علی هذا فقد یتوهم عدم الضمان فی المقام من جهة ان الضمان: اما بالعقد، أو بالید «۳» او بالاتلاف «۴». و شیء من تلکم لا مورد له فی المقام. اما العقد فلفساده. و اما قاعدة الید فهی و ان کانت تشمل المنافع، لان الید علی العین تستتبع الید علی المنافع، لکنها لا تشمل عمل الحر. و اما قاعدة الاتلاف فلان سببیة العامل فیه اقوی من الامر لانه المباشر، کما لو امره باتلاف مال الغیر و اکل طعامه، فان المتلف هو الضامن لا الآمر.

و دعوی ان استیفاء العمل الذی له مالیة کاستیفاء المنفعة ذات المالیة موجب للضمان کما عن الشهید الثانی، مندفعة بان ذلک محتاج الی دلیل.

و لکن یمکن ان یستدل للضمان بقاعدة ما یضمن بصحیحة یضمن بفاسده، و الجعالة الصحیحة موجبة للضمان فکذلک الفاسدة منها.

و مما ذکرناه یظهر انه لا ضمان لو استدعی الرد و لم یبذل الاجرة و لا شیء للراد، کما فی الشرائع، و عن القواعد و الارشاد و التحریر، بل قیل هو قضیة کلام اللمعة. نعم،

---

(۱) الوسائل باب ۳ من ابواب القصاص فی النفس حدیث ۳.

(۲) الوسائل باب ۴۰ من ابواب الشهادات حدیث ۱ و ۴.

(۳) کنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷- سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۰.

(۴) قاعدة مستفادة من الاخبار الوارد فی الموارد الخاصة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۲۳

الا فی البعیر و الآبق یوجدان فی المصر، فعن کل واحد دینار، و فی غیر المصر اربعة. و لو تبرع فلا اجرة له سواء جعل لغیره او لا

یمکن ان یقال باجرة المثل لو جرت العادة باجرة لمثله، فان ذلک حینئذ یکون نظیر الجعالة علی عوض مجهول، و لا أقل من انه حینئذ امر بالعمل بعوض الذی هو نظیر الاباحة بعوض معاملة مستقلة صحیحة، و یستحق فیه العامل الاجرة المسماة مع معلومیة العوض، و علیه فهو فاسد ما فی صحیحه الضمان فیضمن به.

و کیف کان، فالذی یستحقه هو اجرة المثل فی جمیع موارد الفساد الا فی البعیر و الآبق، فان المشهور انه تارة یوجدان فی المصر فعن کل واحد دینار، و اخری یوجدان فی غیر المصر فعن کل واحد اربعة دنانیر.

و المدرک خبر مسمع بن عبد الملک کردین ابی سیار عن الامام الصادق علیه السلام: ان النبی صلّی اللّه علیه و آله جعل فی جعل الآبق دینارا اذا اخذ فی مصره، و ان اخذ فی غیر مصره فاربعة دنانیر «۱». و قد عمل به المشهور کما اعترف به غیر واحد، و عن الریاض: ان الشهرة به عظیمة قدیمة و متأخرة، و عن المختصر: انه مؤید بعمل الاصحاب و شهرته حتی صار العمل به قریبا من

الاجماع، و عن الخلاف- بعد الفتوى بما تضمنه-: دلیلنا اجماع الفرقة و اخبارهم، و عن المقنعة: انه ثبتت السنة عن النبی صلّى اللّه علیه و آله بذلک.

فضعفه منجبر بالعمل و باخبار اخر، فلا وجه لاشکال المصنف ره فی القواعد فی الحاق البعیر بالعبد الآبق فی هذا الحکم، و اضعف منه اشکال الشهید الثانی فی هذا الحکم فی الموردین لضعف سند الخبر.

الثالثة:

(و لو تبرع) من لم یعیّن الجعالة له

، (فلا اجرة له سواء جعل لغیره او لا) بلا خلاف فی عدم الاجرة للعامل، لانه متبرع على الفرض، و قد مر حصر

---

(۱) الوافی الجزء العاشر ص ۵۶- التهذیب ج ۶ ص ۳۹۸ ح ۴۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۲۴

و لو تبرع الاجنبی بالجعل لزمه مع العمل و یستحق الجعل بالتسلیم

موجبات الضمان فی عدة امور لا ینطبق شیء منها على المقام. و اما عدم الجعل لمن جعل له فلان الجعل، انما هو بازاء العمل الممتنع، لان الحاصل لا یتحصل فیفسخ المعاملة.

و فی المسالک: هذا اذا شرط على المجعول له العمل بنفسه، او قصد الراد العمل لنفسه، او اطلق. اما لو ردّه نیابة عن المجعول له حیث یتناول الامر النیابة، فانه لا یضیع عمله، و کان الجعل لمن جعل له، انتهى.

و فیه: ان مجرد قصد النیابة مع عدم أمر من المنوب عنه و لا عمل فی ذمته لا یجعله نائبا، و لا فعله فعله.

(و لو تبرع الاجنبی بالجعل لزمه مع العمل) و ان لم یعد نفعه الیه، و لا یلزم على المالک شیء للعامل و لا للباذل، بلا خلاف و لا إشکال، لما مر من انه لا یعتبر کون الجعل من المالک.

العامل یستحق الجعل بالتسلیم

الرابعة: و یستحق العامل الجعل بالتسلیم بید المالک، مع التصریح بالجعل على ذلک او الاطلاق، بناء على ان المتبادر من الردّ القبض. فلو جاء به الى البلد أو المنزل ففر، لم یستحق الجعل بلا خلاف، لعدم تحقق ما جعل العوض بازائه. نعم، لو صرح بما لا یقتضی التسلیم- کالایصال الى البلد- استحق الجعل بایجاده، و هو واضح.

و هل الموت کالفرار فی عدم استحقاق شیء من الجعل کما عن التذکرة و المسالک و غیرهما، ام یستحق العامل فی الموت بالنسبة کما عن القواعد احتماله و عن الایضاح اختیاره؟ وجهان، اظهرهما الاول، لان الجعل انما هو على العمل الخاص

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۲۵

و مع التلبس بالعمل لیس للجاعل الفسخ بدون اجرة ما عمل و یعمل بالمتأخر من الجعالتین

المنتفی فی الفرض، و عدم کون المانع من قبل العامل لا یصلح منشئاً للاستحقاق.

[الجعالة بعد التلبس بالعمل]

الخامسة: قد عرفت انه لا إشکال و لا خلاف فی ان الجعالة جائزة قبل التلبس بالعمل، و اما (مع التلبس بالعمل) ففیه قولان:
احدهما: انه (لیس للجاعل الفسخ بدون اجرة ما عمل) و ان کان للعامل ذلک، فتصیر الجعالة لازمة من طرف، و باقیة علی الجواز من الطرف الآخر، و هو مختار الماتن هنا و المحقق فی الشرائع، و عن المبسوط و الارشاد، بل ظاهر المتن کالمبسوط توقف فسخ الجاعل علی دفع الاجرة.
ثانیهما: انه لا فرق بین قبل التلبس و بعده، و هو المشهور، و فی المسالک دعوی الاجماع علیه.
و الاظهر هو الثانی: لانه لم یطرأ ملزم لها بالتلبس، و الاستصحاب یقتضی بقاء جواز الفسخ. و علیه فلو فسخ الجاعل، فحیث انه لا معنی لفسخ بعض و ابقاء بعض، فلا محالة لا یستحق من الجعل بالنسبة، و انما یستحق اجرة مثل عمله، کما لا یخفی.

[حکم الجعالتین]

السادسة: و لو عقب الجعالة علی عمل معین بعوض بجعالة اخری، و زاد فی العوض او نقص یعمل بالمتأخر من الجعالتین بلا خلاف، مع سماع الجعالتین قبل التلبس بالعمل، لان الثانیة تقتضی فسخ الاولی بعد ان لا وجه لصحتهما معا، الا مع ارادة زیادة الجعل و لکنها خلاف الفرض.
اما اذا لم یسمع العامل الا احدی الجعالتین، فعن المحقق الکرکی و الشهید الثانی ان العبرة بما سمعه منهما، سواء کانت الاولی او الثانیة. و عن المصنف ره فی التذکرة انه ان کان المسموع هی الثانیة فالعبرة بها، و الّا فیرجع الی اجرة المثل.
و الحق ان یقال: انه لا وجه لکون العبرة بما سمعه مطلقا، فان المسموع ان کان
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۲۶
و لو جعل لفعل یصدر عن کل واحد بعضه

هو الاولی فقد انفسخت بالثانیة، فلا بقاء لها کی تقتضی استحقاق ما فیها من الجعل، و لا غرور بعد ان اقدم علی عقد جائز للمالک فسخه فی کل وقت، و کان له طریق الی الزامه به بصلح و نحوه.
و أما اجرة المثل فقد اورد علی البناء علی استحقاقها بانه اقدم علی الجعل المسمی، فیستحقه دون اجرة المثل خصوصا مع زیادتها علیه.
و یردّه ان اقدامه علی المسمی لیس من المعینات له بعد سقوطه بالفسخ بالثانیة.
فالحق هو ثبوت اجرة المثل فی هذا الفرض. نعم، ان کانت الاجرة المسماة فی الثانیة ازید من المثل لا یبعد القول باستحقاقها، لانه لا یعتبر سماع الجعالة فی استحقاق الجعل کما سمعته، و انما لا نلتزم به فی صورة کونه اقل لصدق الغرور، فانه و ان لم یصدق علی ما لو فسخ الاولی لما ذکرناه، الا انه یصدق علی ما لو عقبها بجعالة اخری، و الّا لزم التوصل بذلک الی الغاء ما جعله فی جعالة و تبدیله باقل ما یصح، بفسخ الاولی و ایجاد جعالة اخری من دون ان یسمع غیره.
هذا کله مع التنافی بین الجعالتین، و الا- کما لو قیّد کل منهما بزمان او مکان غیر ما قیّد الاخری به، کما لو قال: من رد ضالتی الی آخر هذا الاسبوع فله کذا، ثمّ قال: من ردّها الی آخر الشهر فله نصف ذلک الجعل- تبقی الجعالتان علی حالهما، و له الجعل المسمی علی کل من التقدیرین.

لو جعل علی عمل معین جعلا فشارکه غیره

السابعة: و لو جعل لفعل فصدر عن کل واحد بعضه، کما لو قال: من ردّ

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۲۷

فللجمیع الجعل، و لو صدر من کل واحد فلکل واحد جعل، و لو جعل للرد من المسافة فرد من بعضها فله النسبة

ضالتی فله دینار، فردّها جماعة فللجمیع الجعل بلا اشکال، لان المفروض انطباق موضوع الحکم- و هو ردّ الضالة- علی فعل الجمیع، لان ردّهم من مصادیق الردّ المأخوذ فی الموضوع، و حینئذ ان لم یتفاوتوا فی العمل یوزع الجعل علیهم بالسویة، و مع التفاوت یوزع علیهم علی قدر العمل.

و لو جعل لفعل و صدر ذلک الفعل عن کل واحد مستقلا، و لم یکن الصادر عن الجمیع فعلا واحدا، کما لو قال: من دخل داری فله دینار، فدخله جماعة فلکل واحد جعل، لان فعل کل واحد منهم موضوع مستقل و فرد مما اخذ فی الموضوع، و هذا بخلاف الصورة الاولی التی کان الفعل الصادر من الجمیع فردا من الموضوع، و الصادر من کل واحد منهم بعضه لا تمامه.

و ما عن المختلف من احتمال التساوی، فیستحقون کلهم دینارا واحدا فی الصورة الثانیة لانه المبذول، و العموم یقتضی التشریک لا الزیادة علی المبذول، غیر تام، کما یظهر مما ذکرناه.

و لو جعل للردّ من مسافة، کما لو قال: من ردّ ناقتی من الشام فله کذا، فردّه من بعضها فله من الجعل بالنسبة ای بنسبة المسافة، کما عن الشیخ و ابن حمزة و المصنف و غیرهم، بل فی المسالک نسبته الی الاصحاب و ان تنظّر فیه.

و الحق ان یقال: ان الجعل ان کان للردّ عن مسافة، فالرد من بعضها لیس جزء من ذلک العمل بل هو غیره، و علیه فالمتجه حینئذ اجرة مثل عمله علی ما مر، فان عمله محترم لا یذهب هدرا و لم یجعل بازائه شیء، فیتعین اجرة المثل. و ان کان الجعل للردّ، و کان التقیید بالمسافة لتخیّله کونها هناک، فالمستحق الاجرة المسماة لاتیان ما جعل له. و ان کان الجعل للرد من مسافة علی نحو التوزیع، کان المستحق من الاجرة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۲۸

و القول قول المالک فی عدم الجعل، و فی تعیین المجعول فیه، و فی القدر،

المسماة بنسبة ما عمل. و هو واضح، و لا یبعد ظهور الجملة المزبورة بلا قرینة فی الاخیر، و علیه فیتمّ ما افاده الاساطین فلا یرد علیهم شیء مما ذکر فی المقام.

حکم ما لو اختلفا فی الجعل الثامنة:

فی فروع التنازع

اشارة

، و هی اربعة:

۱- و

لو تنازعا فی الجعل و عدمه

، فقال المالک لم اشارطک و ما امرتک، و قال العامل شرطتنی و امرتنی بالعمل، و جعلت لی جعلا معینا أو استحق به اجرة المثل، ف القول قول المالک فی عدم الجعل بلا خلاف، لاصالة عدم الاشتراط، و اصالة البراءة من العوض. و مقتضی قول المشهور فی نظائر المسألة، کالاختلاف فی الاجارة و الاعارة من تقدیم قول مدعی الضمان لقاعدتی الید و الاحترام، الحکم بالضمان فی المقام لقاعدة الاحترام، و لکن قد عرفت فی کتاب الاجارة فساد ذلک، فالاظهر عدم الضمان.

۲- و

لو اختلفا فی تعیین المجعول فیه

، کما لو اختلفا فی عین ما شرط فی ردّه العوض، فقال العامل شرطت لی العوض فیما رددته، و قال الجاعل بل شرطت لک فیما لم تردّه، فلا خلاف فی انه یقدم قول الجاعل، لان مرجع هذا الخلاف الی دعوی العامل علی المالک الشرط علی هذا الذی ردّه و هو ینکره فالقول قوله، لاصالة عدم الشرط و ان اتفقا علی اصل الشرط.

۳- و

لو اختلفا فی القدر

ای قدر الجعل، ففیه اقوال:

احدها: ما عن الشیخ فی الخلاف و جماعة، و هو انه تثبت حینئذ اجرة المثل بعد یمین الجاعل.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۲۹

فیثبت فیه الاقل من اجرة المثل و المدعی

ثانیها: ما فی المتن و الشرائع و عن اللمعة و غیرها، و هو ان القول قول المالک، فیثبت فیه الاقل من اجرة المثل و المدعی مع الحلف.

ثالثها: ان القول قول المالک، لکن یثبت مع یمینه اقل الامرین من اجرة المثل و مدعی العامل، و اکثر الامرین منها و من مدعی المالک.

رابعها: تقدیم قول المالک، الا ان الثابت بیمینه هو ما یدعیه، لا أجرة المثل و لا الأقل، و هو قول الشیخ نجیب الدین من مشایخ المحقق و الشهیدین.

خامسها: انهما یتحالفان، لان کل واحد منهما مدع و مدعی علیه، اختاره فی محکی القواعد.

و الاظهر هو الرابع، لان استحقاق الاقل متیقن و لو فی ضمن الاکثر، و وقوعه علی الاکثر غیر معلوم، و الاصل عدم وقوعه علیه، و عدم استحقاقه الزائد.

و به یظهر دفع ما اورده المحقق ره علی هذا القول بان فائدة یمین المالک اسقاط دعوی العامل لا ثبوت ما یدعیه الحالف، و ما فی الجواهر من ان اختصاص الدعوی بینهما فی الامرین لا یقتضی الانحصار واقعا کذلک ضرورة احتمال کون الواقع خلافهما، فان نفی استحقاق الزائد من الاجرتین انما هو بالاصل لا بالیمین.

و قد استدل للقول الاول بان القول قول المالک، لان الفعل فعله فیقدم قوله فعلیه الیمین، فاذا حلف ینفی الزائد، و حیث لا یثبت ما یدعیه بحلفه، فلیس حینئذ الا اجرة المثل بعد الاتفاق علی ان العمل بعوض و لم یثبت فیه مقدر.

و یرده: ان الزائد ینفی بالاصل، مع انه لو اغمض عن ذلک فاللازم هو ثبوت اقل الامرین من اجرة المثل و ما یدعیه العامل، لاعترافه بعدم استحقاق الزائد ان کانت اجرة المثل ازید من ما یدعیه، بل و اکثر الامرین منها و من مدعی المالک، لان ما یدعیه المالک ان کان اکثر من اجرة المثل فهو یعترف بثبوته فی ذمته للعامل، فیؤخذ

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۳۰

و عدم السعی

باقراره. و بما ذکرناه ظهر مدرک القول الثانی و الثالث و ضعفه، کما ظهر قوة القول الثالث بالنسبة الی الاولین کما افاده فی المسالک.

و أما التحالف فقد استدل له بان کل واحد منهما مدع و مدعی علیه، فلا ترجیح لاحدهما، فیحلف کل واحد منهما علی نفی ما یدعیه الآخر. و العقد الذی تشخص بالعوض الذی یدعیه المالک، غیر العقد الذی تشخص بما یدعیه العامل.

و یرد علی الاول ما تقدم من ان المالک منکر لا مدع، لانهما متوافقان علی استحقاق الاقل، و النزاع انما هو بالنسبة الی الزیادة.

و علی الثانی ان العقد متفق علیه و انما الاختلاف فی الزیادة و النقصان، فکان کالاختلاف فی قدر الاجرة فی الاجارة، و القدر الذی یدعیه المالک متفق علیه و انما الاختلاف فی الزائد، فیقدم قول منکره. اضف الی ذلک کله ما یأتی فی کتاب القضاء من ان التحالف فی الموارد التی یکون کل من طرفی المنازعة مدعیا و منکراً لا دلیل علیه، فان ظاهر دلیل الحلف هو الحلف فیما اذا کان منکرا محضا، راجع ما ذکرناه.

فالمتحصل مما ذکرناه انه یقدم قول المالک، و یثبت بیمینه ما یدعیه لا أجرة المثل و لا الأقل.

و

لو اختلفا فی السعی

بان قال المالک: حصل فی یدک قبل الجعل فلا جعل لک، و قال العامل: قد حصل فی یدی بعده، قالوا: فالقول قول المالک من عدم السعی و هذا یتم علی القول بوجوب ردّ المال الی صاحبه اذا وقع فی ید الغیر، و عدم جواز الجعل علی الواجب، فان المالک حینئذ یدعی عدم الاستحقاق و الاصل معه، و حیث عرفت جواز الجعل علی الواجب فیسقط ذلک، و اللّه العالم.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۳۱

الفصل الرابع: فی السبق و الرمایة

السبق و الرمایة

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۹، ص: ۲۳۱

الفصل الرابع: فی السبق و الرمایة

اشارة

و السبق- بسکون الباء- مصدر لکلمة سبقه الی کذا، ای تقدّمه و غلبه علی کذا، و عن الصحاح انه مصدر سابق، قال فی المسالک: و کلاهما صحیح، الا ان الثانی اوفق بالمطلوب، لان الواقع فی معاملته کون العمل بین اثنین فصاعدا، فباب المفاعلة به اولی.

و أما السبق- بالتحریک- فهو العوض المبذول للسابق و ما فی معناه، و یقال له الخطر.

و المسابقة عرفا هی اجراء الخیل و شبهها فی حلبة السباق، لیعلم الاجود منها و الافرس من الرجال و المتسابقین.

و الرمایة عرفاً هی المناضلة بالسهام مثلا، لیعلم حذق الرامی و معرفته بمواقع الرمی.

و مستند شرعیتهما، مضافا الی اجماع الامة المحکی مستفیضا:

من الکتاب قوله تعالی وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَ مِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَ عَدُوَّكُمْ «۱» و فی المرفوع لعبد اللّه بن المغیرة- الذی هو من اصحاب الاجماع- فی تفسیره عن النبی صلّی اللّه علیه و آله انه الرمی «۲». و قوله تعالی حکایة عن اخوة یوسف يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَ تَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا «۳»

---

(۱) سورة الانفال آیة ۶۰.

(۲) الوسائل باب ۲- من ابواب کتاب السبق و الرمایة حدیث ۳.

(۳) سورة یوسف آیة ۱۸.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۳۲

]...[

فانه ظاهر فی مشروعیة السباق فی الجملة، و الاصل بقائها ما لم یعلم النسخ، فتأمل فانه لیس فی شیء من الآیتین ما یشهد بکون المعاملة المزبورة مشروعة.

و من السنّة نصوص مستفیضة ستمر علیک جملة منها فی طی المسائل الآتیة.

و فائدتهما بعث النفس علی الاستعداد للقتال و الهدایة لممارسة النضال، و هی من اهم الفوائد الدینیة فی الجهاد للاعداء الذی هو معظم ارکان الاسلام.

و تحقیق هذا الفصل یستدعی البحث فی موضعین:

الاول: فی حکم المسابقة.

الثانی: فی المعاملة علیها.

و المقصود الاصلی فی هذا الفصل و ان کان هو الثانی و لذا لم یتعرض المصنف ره لغیره، الا انه لا بأس مقدمة له من بیان الحکم فی الموضع الاول، نظراً الی شیوع المباراة باقسامها المختلفة فی هذا العصر.

[الموضع الاول فی حکم المسابقة]

[المورد الاول] الریاضة البدنیة

اما الموضع الاول فالکلام فیه فی موردین:

الاول: فی الریاضة البدنیة، لا إشکال فی ان ما کان منها مؤدیا الی الضرر علی النفس بالهلاکة او هلاکه عضو من الاعضاء تکون حراما، لان دفع الضرر واجب عقلا و شرعا. و ما کان منها موجبا لقوة الجسم او الروح او قوة الامة الاسلامیة حسن و مطلوب، فان

الشریعة المقدسة تطلب کثرة قویة، و لذلک عنیت بکل ما یکفل للانسان قوة الجسم و قوة الروح و قوة المجتمع، لاحظ الاخبار الواردة فی بیان حکمة العبادات، و الواردة فی بیان حکمة حرمة جملة من المحرمات و کراهة المکروهات، و ما

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۳۳

[...]

ورد فی تفسیر الآیة المتقدمة وَ أَعِدُّوا لَهُمْ ... الخ الی غیر تلکم من الآثار. و علی الجملة ان سعادة الانسان و هی بلوغه منتهی کماله و غایة فعلیته بحسب نوعه معقودة بقوة جسمه و روحه، و من الواضح ان للریاضیة البدنیة و الروحیة اثراً عظیما فی ذلک.

و أما الریاضات التی لا تترتب علیها هذه الغایات و لا تکون مضرة ففیها خلاف، و الحق ان یقال ان تلک الریاضات علی اقسام:

الاول: الفعل لغایة الالتذاذ بلا قصد غایة اخری، و یعبّر عنه باللعب.

الثانی: الفعل الخالی عن الغایة، و یعبّر عنه باللغو.

الثالث: الفعل الموجب لاشتغال النفس باللذائذ الشهویة بلا قصد غایة، و یعبّر عنه باللهو.

و قد مر فی المکاسب المحرمة تفصیل القول فی کل واحد من هذه الثلاثة، و بیّنا هناک ان جمیع تلکم جائزة و لیس شیء منها محرما.

[المورد الثانی] المباراة بغیر رهان

الثانی: فی انه فی الافعال الجائزة- کرمی الحجارة، و السیر مع السفینة او الطیارة، و ما شاکل- هل تجوز المباراة و المغالبة بغیر عوض، ام لا؟ و ملخص القول فیه: انه لا إشکال فی جواز المسابقة فی بعض الافعال، انما الکلام فی غیر ما نص علی الجواز فیه، کالمصارعة، و المباراة علی المراکب و السفن و البقر و الکلاب و الطیور، و رمی البنادق، و الوقوف علی رجل واحدة، و حفظ الاخبار و الاشعار، و الجری علی الاقدام، و حمل الاثقال، و ما شاکل.

و قد استدل لعدم الجواز بوجوه:

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۳۴

[...]

الاول: خبر عبد اللّه بن سنان عن الامام الصادق علیه السلام: لا سبق الا فی خف او حافر او نصل، یعنی النضال «۱» بتقریب ان السبق- بسکون الباء- مصدر لکلمة سبقه الی کذا، ای تقدّمه و غلبه علی کذا، فالمراد من نفیه نفی المشروعیة، و مقتضی اطلاقه عدم مشروعیة المسابقة بغیر رهان.

و فیه: اولا: ان الخبر ضعیف لمعلی بن محمد، فتأمل فانه من مشایخ الاجازة.

و ثانیا: انه لم یثبت کون السبق بسکون الباء، و من المحتمل ان یکون بفتحها، بل عن الشهید ره انه المشهور، و السبق بالفتح هو العوض، و نفیه ظاهر فی فساد المراهنة، لظهوره فی نفی استحقاقه، فلا یصح الاستدلال به للاجمال.

الثانی: اطلاق ادلة القمار، لانه مطلق المغالبة و لو بدون العوض.

و فیه: ان القمار لا یصدق بدون الرهان و العوض.

الثالث: ما دل علی حرمة اللهو.

و فیه: اولا: ما تقدم من ان اللهو بقول مطلق لا دلیل علی حرمته.

و ثانیا: ان المسابقة اذا کانت لغرض عقلائی لا تکون لهوا.

فالمتحصل انه لا دلیل علی حرمتها، و الاصل یقتضـی الجواز، مع انه یدلّ علی. جوازها- مضافا الی الاصل- السـیرة القطعیة القائمة من المسـلمین علی المباراة فی عـدة امور کالسـباحة و المصارعـة و المکاتبـة و المشاعرة و غیرها، و ما ورد من مصارعـة الحسـنین علیهما السلام بامر النبی صلّی اللّه علیه و آله و مکاتبتهما و التقاطهما حبّ قلادة امهما «۲».

---

(۱) الوسائل باب ۳ من کتاب السبق و الرمایة حدیث ۲.

(۲) المستدرک باب ۴ من ابواب السبق و الرمایة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۳۵

]...[

المباراة مع العوض

الموضع الثانی: فی المعاملة علی المسابقة

اشارة

، ای المباراة مع العوض بغیر آلات القمار، فلا بـد أولًا من تاسـیس الاصل حتی یکون هو المرجع عند عدم الدلیل الخاص، و قد یقال ان الاصل هو الجواز و صحة المعاملة الواقعة علیها. و استدل له بوجوه:

۱- الآیـة الشـریفة حکایـة عن اخوة یوسف علیه السـلام: یا أَبانا إِنّا ذَهَبْنا نَسْتَبِقُ وَ تَرَکْنا یُوسُفَ عِنْدَ مَتاعِنا «۱» بـدعوی انها تدل علی مشروعیة السباق فی شرعهم، و یشک فی رفع المشروعیة و نسخها، و الاصل بقائها.

و فیه: اولا: انه یتوقف علی عدم ورود منع من الشارع الاقدس و لو بنحو العموم، و الّا فمع وجود الدلیل لا یرجع الی الاصل، و ستعرف وجوده.

و ثانیا: انه لا یعلم انهم کانوا بم یستبقون، و لعلّه کان بما یجوز السباق علیه عندنا.

و ثالثا: انه لیس فی الآیة الکریمة ما یشعر بکون سباقهم کان مع العوض.

۲- ان مقتضی عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۲» صحة العقد علی السباق بکل شیء.

و فیه: انه یتوقف الاستدلال به علی عدم ورود المنع و ستعرف وجوده، و انه یصدق القمار علیه الخارج عن عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

۳- ان الحکمة فی مشروعیة هذه المعاملة فی الموارد المنصوصة، هی الاستعداد

---

(۱) سورة یوسف آیة ۱۸.

(۲) المائدة آیة ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۳۶

]...[

للجهاد و التهیؤ له و تحصیل القوة، و علیه فتجوز المسابقة علی المراکب و آلات الحرب الحدیثة، للعلّة المشار الیها.

و فیه- مضافا الی اخصیته عن المدعی-: ان حکمة الحکم ان ذکرت فی الدلیل بصورة العلّة یتعدی عنها، فانها بحسب المتفاهم العرفی تمام الموضوع للحکم، فکانه جعل الحکم اولا علی ذلک العنوان العام، و الّا فهی حکمـة لا یتعـدّی عنها، و العبرة، حینئـذ بالظهور ای المتبع ظهور الدلیل، فاذا فرضنا اختصاص الدلیل بالموارد الخاصة فلا وجه للتعدی عنها.

۴- انه روی: ان النبی صلّی اللّه علیه و آله سابق عائشة بالقدم مرتین سبق فی احدهما و سبق فی الاخری «۱» و انه صلّی اللّه علیه و آله صارع یزید بن رکابه ثلاث مرات کل مرة علی شاة، فصرع خصمه فی الثلاث واخذ منه ثلاث شیاه «۲».

و فیه: انه لم یثبت شیء من ذلک من طرقنا، و لم ترد روایة بذلک بل الثابت خلافه.

فتحصل انه لا دلیل علی الجواز، بل یشهد لعدم الصحة وجهان:

احـدهما: صـدق مفهوم القمـار علیه، فانه الرهن علی اللعب بای شـیء کان، ففی المجمع: اصل القمار الرهن علی اللعب بشـیء، و فی القاموس: تقمره راهنه فغلبه، و نحوه ما عن لسان العرب، و فی المنجـد: القمار کل لعب یشترط فیه ان یأخـذ الغالب من المغلوب شـیئا کان بالورق او غیره. و هذا المفهوم یصدق علی المعاملة المفروضة فی المقام، فتکون باطلة و ما یأخذه الغالب من المغلوب حرام.

الوجه الثانی: النصوص الظاهرة فی الفساد و حرمة التصرف فی الرهن، و هی

---

(۱) التذکرة ج ۲ ص ۳۵۴- و الثانی مروی فی المستدرک باب ۴ من السبق و الرمایة حدیث ۲.

(۲) التذکرة ج ۲ ص ۳۵۴- و الثانی مروی فی المستدرک باب ۴ من السبق و الرمایة حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۳۷

]...[

طوائف من الاخبار:

منهـا: مـا دل علی نفـار الملائکـة عنـد الرهـان و لعن صاحبهـا، ما خلا الحافر و الخف و الریش و النصل، کخبر العلاء بن سـیابة «۱» و مرسل الصـدوق «۲» و خـبر ابی بصـیر «۳». لکنهـا باجمعهـا ضـعیفة سـندا، امـا الاـول فلابن سـیابة، و اما الثانی فللإرسال، و اما الثالث فلسعدان بن مسلم.

و منهـا: خبر یاسـر الخـادم عن الامـام الرضـا علیه السـلام، قال: سألته عن المیسـر، قال: الثقل من کل شـیء، قال: و الثقل ما یخرج بین المتراهنین من الدراهم «۴»، و لکنه ایضا ضعیف لیاسر.

و منها: خبر جابر عن الامام الباقر علیه السلام عن النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم، قیل له: ما المیسر؟ قال علیه السلام: کل ما تقومر به حتی الکعاب و الجوز «۵» و هو ایضا ضعیف السند لعمرو بن شمر.

و منها: صحیح ابن خلاد عن ابی الحسن علیه السلام: النرد و الشطرنج و الاربعة عشرة بمنزلة واحدة، و کل ما قومر علیه فهو میسر «۶».

و منهـا: خبر اسـحاق بن عمـار عن الامـام الصـادق علیه السـلام عن الصبیان یلعبون بالجوز و البیض و یقامرون، فقال: لا تأکل منه فانه حرام «۷».

---

(۱) الوسائل- باب ۳ من ابواب السبق و الرمایة حدیث ۳.

(۲) الوسائل- باب ۲- من ابواب السبق و الرمایة حدیث ۶.

(۳) الوسائل باب ۲ من ابواب السبق و الرمایة حدیث ۴.

(۴) الوسائل باب ۱۰۴ من ابواب ما یکتسب به کتاب التجارة حدیث- ۹.

(۵) الوسائل باب ۳۵ من ابواب ما یکتسب به حدیث ۴.

(۶) الوسائل باب ۱۰۴ من ابواب ما یکتسب به من التجارة حدیث ۱.

(۷) الوسائل باب ۳۵ من ابواب ما یکتسب به- حدیث- ۷.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۳۸

[...]

فالمتحصل مما ذکرناه ان المراهنة و المباراة مع العوض فاسدة، و ما یؤخذ حرام لا یجوز التصرف فیه.

هذا کله فی الحکم الوضعی. و اما حکمها التکلیفی فیدل علی الحرمة ادلة القمار، و اما سائر النصوص المتقدمة فهی ظاهرة فی الحکم الوضعی و لا نظر لها الی الحکم التکلیفی.

و قد استدل صاحب الجواهر ره لجوازها التکلیفی بصحیح محمد بن قیس عن ابی جعفر علیه السلام: قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی رجل آکل و اصحاب له شاة، فقال: ان أکلتموها فهی لکم، و ان لم تأکلوها فعلیکم کذا و کذا، فقضی فیه ان ذلک باطل لا شیء فی المؤاکلة من الطعام ما قل منه و ما کثر، و منع عن الغرامة فیه «۱» بدعوی انه متضمن لفساد المراهنة فی الطعام خاصة، و لو کانت محرمة لردع عنها ایضا، فیستکشف من عدم الردع الجواز.

و فیه: ان الظاهر کون الخبر اجنبیا عن المراهنة بالاکل، و انها یکون مورد الخبر الاباحة المالکیة المشروطة بالالتزام بالاعطاء لا الإعطاء،.

فالقاعدة الاولیة تقتضی فساد المعاملة و حرمتها.

الالفاظ المستعملة فی هذا الباب

و قد خرج عن هذه القاعدة المعاملة علی السباق فی موارد خاصة کما مر، و تنقیح القول فیه ببیان امور:

(۱) الکافی ج ۸ ص ۴۲۴ باب نوادر القضاء الوسائل باب ۵ من ابواب کتاب الجعالة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۳۹

[...]

منها: بیان الالفاظ المستعملة فی هذا الباب، و هی السابق، و الکتد، و المصلی، و السبق، و المخلل، و الغایة، و المناضلة، و الرشق، و الحابی، و الخاصر، و الخازق، و الخاسق، و الخارق، و الخارم، و المزدلف، و الغرض، و الهدف، و المبادرة، و المحاطة.

اما السابق فهو الذی یتقدم و لو بالعنق.

و أما الکتد- بفتح التاء و کسرها- فهو الکاهل.

و أما المصلی فهو الذی یحاذی برأسه صلوی السابق فصاعدا، و الصلون هما العظمان النابتان عن یمین الذنب و شماله، و التالی للمصلی هو الثالث، و یلیه البارع الرابع، ثمّ المرتاح و هو الخامس، ثمّ الخطی و هو السادس، ثمّ العاطف، ثمّ المؤمل، ثمّ اللطیم، ثمّ السکیت بالتصغیر.

و أما السبق فقد مر فی اول الفصل بیانه.

و أما المخلل فهو الذی یدخل بین المتراهنین و لا یبذل معهما عوضا، بل یجری فرسه بینهما او فی احد الجانبین، علی وجه یتناوله

العقد على انه ان سبق بنفسه او مع غيره اخذ العوض او بعضه على حسب الشرط، و ان لم يسبق لم يغرم شيئا.

و أما الغاية فهى منتهى السباق.

و أما المناضلة فهى المسابقة و المراماة.

و أما الرشق- بكسر الراء- فهو عدد ما يرمى به من السهام، و بالفتح فهو الرمى الذى هو المصدر.

و أما الحابى فهو و ما بعده من الالفاظ الخمسة من اوصاف السهم المرامى به، و قد ذكر فى التحرير على المحكى من أوصافه ستة عشر، و انما اقتصرنا على الستة لعدم فائدة معتدّ بها فى بيانها، بعد عدم كونها مأخوذة فى موضوعات احكام الباب. و كيف كان، فالحابى ما زلق على الارض ثمّ اصاب الغرض.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۹، ص: ۲۴۰

و لا بد فيهما من ايجاب و قبول،

و الخاصر ما اصاب احد جانبى الغرض.

و الخازق ما خدش الغرض.

و الخاسق ما فتحه و ثبت فيه.

و الخارق ما يخرج من الغرض نافذا.

و الخارم هو الذى يخرم حاشية الغرض. و المزدلف هو الذى يضرب الارض ثمّ يثب الى الغرض، و ظاهر القواعد مرادفته مع الحابى، و عن التذكرة الفرق بينهما باعتبار القوة فى المزدلف.

و أما الغرض فهو ما يقصد اصابته.

و الهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب او غيره.

و أما المبادرة فهى احد قسمى المراماة، و هى ان يبادر احدهما الى الاصابة مع التساوى فى الرشق.

و القسم الثانى منها المحاطة، و هى اسقاط ما تساويا فيه من الاصابة.

عقد المسابقة و المراماة

و منها: انه لا بدّ فيهما من ايجاب و قبول كغيرهما من العقود على المشهور. و عن الشيخ و المصنف ره فى المختلف ان هذا العقد جعالة، فلا يفتقر الى قبول. ثمّ انهم اختلفوا فى لزومه و جوازه، و بعضهم بنى الخلاف فى لزومه و جوازه على انه عقد او ايقاع، فعلى الاول يكون لازما، و على الثانى جائزا. و بعضهم عكس، فبنى كونه عقدا او ايقاعا على لزومه و جوازه. ثمّ ان ظاهرهم ابتناء كونه عقدا او ايقاعا على انه اجارة او جعالة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۹، ص: ۲۴۱

[...]

و الحق ان يقال: انه عقد أو ايقاع مستقل لا إجارة و لا جعالة على حسب المتفاهم العرفى، سيما و هو بنفسه من العقود العقلائية، و يعضده تخلف بعض آثاره عن كل من الامرين، و ظاهر النافع و المختلف و غيرهما المفروغية من ذلك، و ان التردد انما هو فى اللزوم. و الجواز.

ثمّ ان الظاهر كونه من العقود و لا يكفى فيه الايجاب خاصة، فان ثبوت الآثار على الطرف الآخر بدون القبول مخالف لقاعدة السلطنة

على النفس و المال «١». و ان شئت قلت: ان اثر ذلك و المترتب عليه عمل قائم بشخصين، ثمّ كل منهما قد يجب عليه العوض و قد يجب له، و ثبوت جميع ذلك عليه بدون رضاه و انشائه خلاف قاعدة السلطنة و المعهود من الشرع.

ثمّ انه بعد ثبوت كونه من العقود يكفى فى لزومه عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «٢». و ما عن المختلف من ان المراد من الامر بالوفاء بالعقد العمل على مقتضاه و ان كان جائزا، و ليس المراد مطلق العقود و الا لوجب الوفاء بالجائزة، غير تام، فان الوفاء عبارة عن التمام او ما يقاربه، و الايفاء عبارة عن الاتمام و الانهاء، فاذا كان العقد متعلقا بالنتيجة لا بالفعل كان الوفاء به اتمامه، و عدم رفع اليد عنه بحلّه و نقضه.

و عليه فالامر به ان كان ارشاديا- كما هو الظاهر- كان ارشادا الى اللزوم. و ان كان مولويا نفسيا، فحيث ان وجوب الوفاء عدم جواز الفسخ لو كان فانما هو بمناط عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، و لا يحتمل كونه محرما بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق، فيستكشف من عدم الحق عدم تأثير الفسخ،

---

(١) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) سورة المائدة آية ٢.

و انما يصحان فى السهام، و الحراب، و السيوف، و الابل، و الفيلة، و الخيل، و البغال، و الحمير خاصة.

و هذا معنى اللزوم، مع ان الاجماع قائم على انه لو كان حراما كان غير مؤثر. و بالجملة فدلالة الآية الكريمة على اللزوم لا تنكر، و خروج بعض العقود عن تحتها لدليل خاص لا- يوجب خللا- فى عمومها لغير ما علم بخروجه، اذ العام حجة فيما بقى من الافراد غير الفرد الخارج عن تحته. و يمكن ان يستدل للزومه بالاستصحاب ايضا بالتقريب المتقدم فى كتاب البيع.

فالمتحصل انه من العقود اللازمة، و حينئذ فما ذكرناه فى كتاب البيع و الاجارة من القيود المعتبرة فى العقد و العاقد تجرى هنا، كما ان ما اثبتنا عدم اعتباره من العربية و الماضوية و القول و ما شاكل لا يكون معتبرا فيه، فلا نطيل المقام بذكر تلك الامور.

بيان ما يسابق به

و منها: بيان ما يسابق به، قال قده: و انما يصحان فى السهام، و الحراب، و السيوف، و الابل، و الفيلة، و الخيل، و البغال، و الحمير خاصة، و الصحة فى جملة من ما افاده متفق عليها، و فى جملة منها الخلاف.

و التحقيق يقتضى ان يقال: ان النصوص تضمنت جواز السباق و المعاملة عليه فى النصل و الخف و الحافر، لاحظ خبر عبد اللّه بن سنان عن مولانا الصادق عليه السلام: لا سبق الا فى خف او حافر او نصل، يعنى النضال «١».

---

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب السبق و الرماية- حديث ٢-

[...]

و ما دل على نفار الملائكة عند الرهان و لعن صاحبها، ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل، كخبر العلا بن سيابة «١» و مرسل الصدوق «٢» و خبر ابى بصير «٣».

و ما تضـمن ان رسول اللّه صـلّی اللّه علیه و آله اجری الخیل التی اضمرت من الحصی- و فی بعض النسخ من الحفی- الی مسجد بنی زریق، و سبقها من ثلاث نخلات، فاعطی السابق عذقا، و اعطی المصلی عذقا، و اعطی الثالث عذقا «۴».

و ما دل علی انه اجری الخیل و جعل سبقها اواقی فضهٔ «۵» و قریب منها غیرها.

و هذه النصوص علی طوائف:

منها: ما تضـمن فعله (ص)، و هو مختص بالخیل و لا إطلاق له، و مثله الصـحیح المتضـمن ان مولانا علیه السـلام کان یحضـر الرمی و الرهانهٔ «۶».

و منها: ما تضـمن الحصـر فی الثلاثهٔ، و هی و ان کانت جملهٔ منها ضـعیفهٔ السـند، الا ان فیها الصـحیح و غیره مضافا الی انجبار ضعف السند بالعمل.

و منهـا: ما اضاف الیها الریش، و هی باجمعها ضـعیفهٔ السـند، مع ان الریش یحتمل ان یکون المراد منه السـهم ذی الریش، و لیس فی عطفه علی النصل فی احد الخبرین دلالهٔ علی التغایر بینهما، بعد احتمال کونه من قبیل عطف المرادف او الخاص علی العام.

---

(۱) الوسائل باب ۳ من کتاب السبق و الرمایهٔ حدیث ۳.

(۲) الوسائل- باب ۱ من ابواب کتاب السبق و الرمایهٔ حدیث ۶.

(۳) الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب السبق و الرمایهٔ حدیث ۴.

(۴) الوسائل باب ۴ من ابواب کتاب السبق و الرمایهٔ حدیث ۱.

(۵) الوسائل باب ۴- من ابواب کتاب السبق و الرمایهٔ حدیث ۲.

(۶) الوسائل باب ۲ من ابواب کتاب السبق و الرمایهٔ- حدیث ۴.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۴۴

و یجوز ان یکون العوض دینا وعینا، و ان یبذله اجنبی،

و فی المقام اخبار اخر اسـتدل بها صاحب الحـدائق علی اضافـهٔ الطیور الی الثلاثهٔ، لکنها ضـعیفهٔ السـند، غیر منجبرهٔ بالعمل، و قاصـرهٔ الدلالـهٔ من جهـهٔ احتمال ارادهٔ اللعب بها بلا مسابقـهٔ، مع ان فیها الحمام و من المحتمل ارادهٔ الخیل منه، بل قیل انه المتعارف فی لسان اهل المدینهٔ، و یعضده الاستدلال له فی خبره بالنبوی المتضمن لاجراء الخیل «۱». فالمتحصل انه لا یجوز ذلک الا فی ثلاثهٔ:

النصل الشامل للسـهام، و الحراب جمع حربهٔ و هی الآلهٔ، و السیف، و ربما زید النشاب. و هل یدخل فیه الدبوس و العصا و المرافق اذا جعل فی رأسها حدیدهٔ؟ فیه اشکال.

و الخف، و یدخل تحته الابل و الفیلهٔ.

و الحافر، و یدخل تحته الخیل و البغال و الحمیر.

العوض و ما یعتبر فیه

و منها: بیان العوض و ما یعتبر فیه. یجوز ان یکون العوض دینا وعینا حالا او مؤجلا بلا خلاف، للاصل، و العمومات. و ان یبذله اجنبی اجماعا لـذلک، و للعمومات و الاصل، بل یثاب الاجنبی علیه مع نیته، لانه بـذل فی طاعـهٔ و قربـهٔ و مصـلحهٔ للمسـلمین، فهو نظیر ما لو اشتری لهم خیلا و سلاحا و غیرهما مما فیه اعانتهم علی الجهاد. و دعوی ان مقتضی المعاوضهٔ خروج العوض عن کیس من هو طرف المعاوضهٔ، مندفعهٔ بعدم کونه من المعاوضات المصطلحهٔ، مع انه قد عرفت فی کتاب البیع

(۱) الوسائل باب ۳ من ابواب کتاب السبق و الرمایة حدیث ۳.

أو احدهما، او من بیت المال، و جعله للسابق منهما، او للمحلل، و لیس المحلل شرطا. و لا بد فی المسابقة من

جواز کون العوض من غیر کیس من دخل فی کیسه المعوض.

و بالجملة فیجوز بذل الاجنبی، کما یجوز بذلهما او احدهما او من بیت المال. و دعوی انه مع بذل احدهما بان یقول لصاحبه: ان سبقت فلک عشرة و ان سبقت انا فلا شیء علیک، یکون قمارا، مندفعة بان کونه قماراً لا یختص بهذه الصورة بل یعم جمیع صور البذل، و المستند فی جوازه النصوص الخاصة و بها یقید اطلاق ادلة القمار.

و یجوز جعله للسابق منهما او للمحلل ان سبق، بلا خلاف، للعمومات و الاصل. و فی الریاض: قیل لا لأجنبی، و لا للمسبوق منهما و من المحلل، و لا جعل القسط الاوفر للمتأخر او المصلی و الاقل للسابق، لمنافاة ذلک کله للغرض الاقصی من شرعیته، و هو الحث علی السبق و التمرن علیه.

(و لیس المحلل شرطا) عندنا، للاصل، و الاجماع، و شمول ما دل علی الجواز للعقد الخالی عنه. و عن ابن الجنید لا یجوز الا بالمحلل، و مستنده روایة «۱» عامیة عن النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم، و سندها ضعیف، و دلالتها قاصرة، و الاصحاب اعرضوا عنها.

شرائط المسابقة

و منها: فی شرائط المسابقة و المراماة. اما الاولی فلا خلاف و لا اشکال فی انه لا بدّ فی المسابقة من امور، ذکر الماتن هنا جملة منها، و انهاها الی اثنی عشر فی

(۱) التذکرة ج ۲ ص ۳۵۵.

تقدیر المسافة و العوض، و تعیین الدابة، و تساویهما فی احتمال السبق.

التذکرة.

الاول: تقدیر المسافة التی یستبقان فیها، و تعیینها ابتداء و انتهاء، لاختلاف الاغراض فی ذلک اختلافا بینا، فیلزم من عدم التقدیر الغرر و قد نهی عنه «۱». و دعوی انها جعالة فلا یعتبر فیها تعیین المسافة کما لا یعتبر فی الجعالة، مندفعة بما مر من انها عقد مستقل.

و الثانی: تعیین العوض للغرر فی المجهول، و اثارة النزاع.

و الثالث: تعیین الدابة التی یسابق علیها من فرس و بعیر و غیرهما بالمشاهدة، فلا یکفی الاطلاق، و لا التعیین بالوصف، لاختلاف الغرض بذلک کثیرا، و لا یتم الغرض بالتوصیف و انما یتم بالشخص، بخلاف نحو السلم لان الغرض فیه متعلق بالکلی.

و الرابع: تساویهما فی احتمال السبق بمعنی احتمال کل منهما ان یسبق الآخر، فلو علم قصور احدهما بطل، لانتفاء الفائدة.

هذه هی الشروط التی ذکرها المصنف ره هنا، و اما ما اضافه فی التذکرة فهی ثمانیة.

الاول: جعل السبق لاحدهما او للمحلل، فلو جعله للاجنبی بطل، و قد مر الکلام فیه.

الثانی: تساوی الدابتین فی الجنس، فلا یجوز المسابقهٔ بین الخیل و البغال.

الثالث: ارسال الدابتین دفعهٔ، فلو ارسل احدهما دابهٔ قبل الآخر لیعلم هل یدرکه ام لا لم یصح.

---

(١) التذکرهٔ ج ١ ص ۴۶۶.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٢۴٧

و یفتقر الرمی الی تقدیر الرشق،

الرابع: ان یستبقا علی الدابتین بالرکوب، فلو شرطا ارسالهما لیجریا بانفسهما لم یجز.

الخامس: ان یجعلا المسافهٔ بحیث یحتمل الفرسان قطعها و لا ینقطعان دونها.

السادس: ان یکون ما ورد علیه العقد عدهٔ للقتال، فلا یجوز السبق و الرمی من النساء.

السابع: العقد المشتمل علی ارکانه المعتبرهٔ فیه.

الثامن: عدم تضمن العقد الشرط الفاسد.

اما اعتبار الاخیر فهو متوقف علی مبطلیهٔ الشرط الفاسد، و قد مر فی محله عدم مبطلیته للعقد، و اما ما قبله فقد مر الکلام فیه، و کذا فی الاول منها، و اما الخمسهٔ الباقیهٔ فدلیل اعتبارها: اما لزوم الغرر مع عدمها کما فی بعضها، و اما المنافاهٔ للغرض من هذه المعاملهٔ، و اما الاجماع.

شرائط المناضلهٔ

و اما الثانیهٔ: فالمشهور بین الاصحاب انه یفتقر الرمی الی شروط:

الاول: تقدیر الرشق ای عدد الرمی، و استدل له فی المسالک بانه العمل المقصود المعقود علیه، لیکون غایهٔ رمیها معلومهٔ منتهیهٔ الیه، فلو لم یعیّن أمکن ان یطلب المسبوق الرمی بمقتضی العقد، فیلحق او یسبق و یمتنع الآخر فیحصل التنازع.

و الاولی ان یستدل له بلزوم الغرر من عدم تقدیره. و الوجهان یختصان بالمحاطهٔ، و اما المبادرهٔ فلا یجریان فیها، لان الاستحقاق فیها یتعلق بالبدار الی اصابهٔ

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٢۴٨

و عدد الاصابهٔ، وصفتها، و قدر المسافهٔ، و الغرض، و العوض، و تماثل جنس الآلهٔ. و لا یشترط تعیین السهم و لا القوس.

العدد المعتبر حیث اتفق، و لا یجب اکمال العدد المشروط، فلا حاجهٔ الی تعیینه.

و الثانی: تقدیر عدد الاصابهٔ، کخمس من عشرین رمیهٔ، و استدلوا له بان الاستحقاق انما یحصل بالاصابهٔ، و بها یحصل معرفهٔ جودهٔ الرمیهٔ و معرفهٔ الناضل من المنضول. و تأمل فیه الفاضل الخراسانی، لجواز حصول معرفهٔ الاصابهٔ بکونه اکثر اصابهٔ فی العدد المشترط او غیر ذلک، و هو حسن، لو لا لزوم الغرر، و اجماع الاصحاب علی اعتباره.

و الثالث: تعیین صفتها من المارق و الخاسق و ما شاکل، للغرر مع عدمه.

و الرابع: تشخیص قدر المسافهٔ التی یرمیان فیها بالمشاهدهٔ او ذکر المساحهٔ، الا ان تکون هناک عادهٔ ینصرف الیها الاطلاق، قیل لاختلاف الاصابهٔ بالقرب و البعد.

و الخامس: تعیین الغرض، لاختلافه بالسعهٔ و الضیق.

و السادس: تعیین العوض، و قد مر الکلام فیه.

و السابع: (تماثل جنس الآلة) من کون القوس مثلا عربیا او فارسیا، و الکلام فیه هو الکلام فی تماثل حیوان السبق.

و لا یشترط تعیین شخص (السهم و لا القوس)، لاطلاق الادلة، و عدم ما یوجب اشتراطه. و عن التذکرة: لو عیّنه لم یتعیّن، و یفسد العقد بذلک، کما فی کل شرط فاسد.

و فیه: اولا: ان الشرط المزبور لیس مخالفا للکتاب و السنة و لا لمقتضی العقد، فیصح و یکون لازم الوفاء.

و ثانیا: ان الشرط الفاسد لا یفسد العقد.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۴۹

و لو قالا- من سبق منا و من المحلل فله العوضان، فمن سبق من الثلاثة فهما له، فان سبقا فلکل ماله و ان سبق احدهما و المحلل فللسابق ماله و نصف الآخر و الباقی للمحلل. و لو فسد العقد فلا اجرة

حکم الاجرة مع فساد العقد

و منها: فی الاحکام، و تفصیل القول فیها فی طی مسائل:

الاولی: لو کان المتراهنان اثنین، و اخرج کل واحد منهما عوضا و ادخلا محللا، و قالا من سبق منا ای من المتراهنین و من المحلل فله العوضان، فمن سبق من الثلاثة فهما له بلا خلاف و لا إشکال، بناء علی ما قدمناه من جواز جمیع صور بذل العوض. و حینئذ فان سبقا ای سبق المستبقان فلکل واحد منهما ماله، لانه جعل العوض لمن سبق و لم یسبق احد فی الفرض، و به یندفع الایراد علیه بانه- علی ما ذکر سابقا- یشترکان فی المالین، لا انه یکون لکل واحد منهما مال نفسه. و کذا الحال ان سبق احدهما و المحلل فللسابق ماله، لانه لم یسبقه احد و نصف الآخر و النصف الباقی للمحلل، لاشتراکهما فی صفة السبق له.

الثانیة: و لو فسد العقد و رکض المتسابقان علی فساده، و سبق الذی لو صحت المسابقة لاستحق السبق المشروط، ف عن الشیخ و فی الشرائع و المتن انه لا اجرة له، لا المسماة و لا أجرة المثل، اما عدم استحقاقه الاجر المسمی فلفساد العقد، و اما عدم استحقاقه اجرة المثل فلانه لم یعمل له و لا استوفی منفعة عمله، لان نفع سبقه راجع الیه فلا شیء یوجب الضمان. هکذا استدلوا لعدم الضمان.

و لکن یمکن ان یقال: ان قاعدة ما یضمن بصحیحة یضمن بفاسده مقتض للضمان، و لذا حکی عن القواعد و التذکرة و جامع المقاصد القول به.

فان قیل: ان القاعدة بکلیتها لا مدرک لها، و حیث ان شیئا من القواعد الموجبة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۵۰

و لو کان العوض مستحقا فعلی الباذل مثله او قیمته و یحصل السبق بالتقدم بالعنق و الکتد،

للضمان لا تکون متحققة هنا، و لا إجماع، فلا ضمان کما افاده الشهید الثانی.

قلنا: ان القاعدة بنفسها مجمع علیها، و الاجماع علیها من قبیل الاجماع علی القاعدة، فلا حاجة الی ثبوت الاجماع فی کل مورد شخصی، فتأمل.

الثالثة: و لو کان العوض مستحقا، فعلی الباذل مثله او قیمته، کما هو المشهور بین الاصحاب، بل ظاهرهم عدم الخلاف فیه.

و استدلوا له بان العقد صحیح ابتداء بالعوض المعیّن و انما اتفق تزلزله موقوفاً علی اجازة المالک، فقد تشخص العوض المعیّن للعقد، فاذا طرأ زوال ذلک العوض لعدم اجازة المالک وجب الرجوع الی اقرب شیء الیه، و هو مثله ان کان مثلیاً، و قیمته ان کان قیمیاً.

و فیه: ان العقد لم یقع صحیحا ابتداء بل کان یتخیل صحته، فلم یتشخص العوض المعیّن للعقد، لفرض انه مال الغیر فهو باطل مع عدم اجازهٔ المالک، فیلحقه حکم الفاسد المتقدم.

و یمکن ان یقال: انه علی القول بالضمان فی الصورهٔ السابقهٔ فی هذه الصورهٔ، اذا کانت اجرهٔ المثل اقل من المسماهٔ فقد التزم السابق فی ضمن العقد بعدم استحقاق الزائد علیها بالالتزام الضمنی الارتکازی و ان کانت اکثر فقد التزم ببراءهٔ ذمته من الزیادهٔ، و علیه فیستحق المثل او القیمهٔ، و اللّه العالم.

الرابعهٔ: و یحصل السبق بالتقدم بالعنق و الکتد، کما هو المشهور، و عن الاسکافی حصوله باذنه.

و استدل للثانی بقول النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: بعثت و الساعهٔ کفرسی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۵۱

و لا یشترط ذکر المحاطهٔ و المبادرهٔ

رهان، کاد احدهما ان یسبق الآخر باذنه «۱».

و فیه: انه لا إشکال فی صدق السبق بالاذن علی ما لو حصل السبق باذنه، انما الکلام فی ما اذا اطلقا السبق، و ان السبق بقول مطلق هل یصدق علی السبق بالاذن ام لا؟ فالخبر اجنبی عن ذلک.

و الحق عدم تمامیهٔ شیء من القولین باطلاقه، و المتعیّن ایکال ذلک الی العرف، کما هو الشأن فی کل مفهوم وقع فی الدلیل و لم یفسر، فان کان و الّا فلا بد من التقیید لرفع الغرر و النزاع.

و الخامسهٔ: لا یشترط ذکر احد قسمی المراماهٔ و تعیینه، و هما المحاطهٔ و المبادرهٔ مع وجود القرینهٔ من العرف او العادهٔ علی تعیین احدهما، کما عن المصنف ره فی اکثر کتبه و الروضتین و غیرها. و اما مع عدم وجودها، فالاظهر لزوم التعیین، لمخالفهٔ حکم کل منهما لحکم الآخر و تفاوت الاغراض، فان من الرماهٔ من یکثر اصابته فی الابتداء و یقل فی الانتهاء، و منهم من هو بالعکس، فدفعا للغرر لا بدّ من التعیین.

و لعله یکون منشأ الاختلاف فی المقام انه مع الاطلاق هل ینصرف الی احد القسمین ام لا؟ و القائلون بعدم لزوم التعیین نظرهم الی الانصراف، و القائلون بلزومه- کالشیخ فی المبسوط، و المصنف ره فی التذکرهٔ، و غیرهما فی غیرها- بنائهم علی الثانی، و الّا فلا اظن الخلاف فی الحکم الکلی، و اللّه العالم.

---

(۱) التذکرهٔ ج ۲- ص ۳۶۰.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۵۲

الفصل الخامس: فی الشرکهٔ

الفصل الخامس: فی الشرکهٔ

اشارهٔ

و النظر فیه یقع فی مواضع:

[الموضع] الاول: فی حقیقهٔ الشرکهٔ، و ماهیتها، و اقسامها

. و هى قسمان: احدهما: ما فسروه بكون شيء واحد لاثنين او ازيد، ملكا او حقا.

ثانيهما: العقد الذى ينشأ به التشريك فى المال على سبيل الشياع فيه، و يقال لهذه الشركة الشركة العقدية.

و قد يقال ان الشركة العقدية التى مفادها التشريك بين الشريكين فى ماليهما لا معنى لها، لان ظاهرهم الاجماع على اعتبار الامتزاج بين المالين قبل العقد او حاله او بعده، فلا معنى لانشاء التشريك بالعقد، لان الامتزاج بنفسه يقتضى ذلك، فلذا انكر بعضهم كون الشركة من العقود.

و قال فى المسالك: انها عقد، ثمرته جواز تصرف الملاك لشيء واحد على سبيل الشياع فيه.

و اجاب عنه صاحب الجواهر ره بان الشركة الحاصلة من الامتزاج شركة ظاهرية، و الا ففى الواقع كل من الشريكين يملك جزئه المعيّن و ان لم يتميز، و الشركة المنشأة بالعقد شركة واقعية، فيملك به كل من الشريكين جزء مشاعا فى المجموع بلا تعيين اصلا.

و فيه: اولا: ان الشركة الظاهرية لا تتصور فى بعض الموارد، كما لو امتزج المالان بنحو تبدلا الى حقيقة ثالثة عرفا.

و ثانيا: ان لازم ما افاده قده اجتماع ملكيتين فى شيء واحد، احداهما قائمة

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۹، ص: ۲۵۳

[...]

بالجزء المشاع، و الاخرى قائمة بالمعين، و هو غير معقول.

و ثالثا: ان ما افاده خلاف ظاهر الاجماعات على تحقق الشركة بالمزج على نحو تحققها بالعقد.

و الحق ان يقال: ان الامتزاج المعتبر اجماعا فى الشركة العقدية ليس هو الامتزاج الموجب للشركة الواقعية، بل لو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر او امتزج النقود كفى، و من الواضح ان الامتزاج المزبور لا يوجب الشركة كما سيمر عليك، و ايضا انهم لم يعتبروا الامتزاج السّابق بل قالوا بكفاية الامتزاج اللاحق، فمع اللحوق يكون السبب هو العقد و الامتزاج شرطا.

ثمّ ان للقسم الاول اقساما: اذ قد تكون الشركة واقعية قهرية كما فى المال الموروث، و قد تكون واقعية اختيارية من غير استناد الى عقد كما اذا احيى شخصان ارضا مواتا بالاشتراك او حفرا بئرا او ما شاكل.

و اضاف فى العروة اليهما قسمان آخران، و هما: الظاهرية القهرية كما اذا امتزج مالهما من دون اختيارهما و لو بفعل اجنبى بحيث لا يتميز احدهما من الآخر، الظاهرية الاختيارية كما اذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة.

و لكن الشركة الظاهرية لا دليل عليها، بل فى موارد الامتزاج ان كان المالان بعد المزج يعدّان بنظر العرف شيئا واحداً- كما لو خلط الخل بالدبس- كانت الشركة واقعية و الا فلا شركة.

و ايضا للقسم الثانى- و هو الشركة المنشأة بالعقد- قسمان:

احدهما: الشركة المنشأة بتشريك احدهما الآخر فى ماله، كما اذا اشترى شيئا فطلب منه شخص ان يشركه فيه، و يسمى عندهم بالتشريك.

الثانى: الشركة المنشأة بتشريك كل منهما الآخر فى ماله، و يختص هذا باسم

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۹، ص: ۲۵۴

انما تصح فى الاموال دون الاعمال

الشركة العقدية و معدود من العقود.

ثمّ المال المشترك قد يكون عينا كما هو ظاهر، و قد يكون منفعة بالاجارة و شبهها او بالارث، و قد يكون حقا كحق الشفعة و الخيار

الموروثین.

ثمّ ان کیفیة الشرکة قد تکون بنحو الاشاعة کما هو ظاهر، و قد تکون بنحو الکلی فی المعیّن- کما لو باع ثمرات اشجار و استثنی ارطالا- فان الحق ان کلا منهما یملک حصته بنحو الکلی فی المعیّن.

و اضاف فی العروة الیهما بقوله: و قد تکون علی وجه یکون کل من الشریکین او الشرکاء مستقلا فی التصرف، کما فی شرکة الفقراء فی الزکاة، و السادة فی الخمس، انتهی. و فیه: ان هذا لیس من الشرکة فی المال بل یکون المالک هو الکلی، کما مر تفصیل القول فی ذلک فی کتاب الزکاة.

و أما الدلیل علی مشروعیة العقد المنشأ به الشرکة- فمضافا الی بناء العقلاء- بضمیمة عدم الردع، العمومات العامة الدالة علی امضاء کل عقد، و نصوص خاصة ستمر علیک. و اما الشرکة فی القسم الاول، فوجهها ظاهر لا یحتاج الی بیان.

مورد الشرکة

الموضع الثانی: فی مورد الشرکة

: انما تصح الشرکة العقدیة فی الاموال بل الاعیان، دون الدیون و الاعمال. فلو کان لکل منهما دین علی شخص، فأوقعا العقد علی کون کل منهما بینهما لم تصح، لان من شرائط الشرکة العقدیة الامتزاج اجماعا، و هو منتف فیها. و به یظهر مدرک عدم صحة الشرکة فی المنافع، بان کان لکل منهما دار مثلا و اوقعا العقد علی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٢۵۵

فلکل اجرة عمله،

ان تکون منفعة کل منهما بینهما بالنصف. و لو ارادا الاشتراک فی الموردین صالح احدهما الآخر نصف منفعة داره بدینار مثلًا، و صالحه الآخر نصف منفعة داره بذلک الدینار، او صالح احدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر، کذا فی الدین.

و لا تصح الشرکة بالاعمال- کالخیاطة و النساجة- بلا خلاف معتد به اجده فیه بیننا، بل الاجماع بقسمیه علیه، بل المحکی منهما مستفیض او متواتر، کذا فی الجواهر.

و استدل له فی الجواهر بالاصل السالم عن معارضة أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و فیه: ان المتیقن من النصوص الخاصة و ان کان هو الشرکة فی الاعیان، فلا دلیل خاص علی جواز هذا العقد فی الاعمال. و ما یحکی من شرکة سعد بن ابی وقاص و عبد اللّه بن مسعود و عمار بن یاسر فیما یغنمونه، فأتی سعد بأسیرین و لم یأتیا بشیء، فاقرّهما النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم و شرکهما جمیعا «١» غیر ثابت، مع انه یمکن ان یکون ذلک فی یوم بدر و غنائمه کانت للنبی صلّی اللّه علیه و آله علی ما صرح به المصنف، فیمکن ان یکون ذلک منه صلّی اللّه علیه و آله هبة لهم، الّا ان عمومات ادلة امضاء المعاملات کافیة فی الحکم بالصحة، و معها لا تصل النوبة الی الاصل.

فالمتعین الاستدلال له- مضافا الی الاجماع، اذ لم ینقل الخلاف عن احد سوی ابن الجنید، و قد یقال ان یمکن ان یکون مرادة ما لا یخالف الاصحاب بارادة باب المزارعة و شبهه، فلا یکون خلاف فیه بل تتفق کلمة اهل الحق علی البطلان- بما مر من اعتبار الامتزاج المنتفی فی الفرض.

ف لو عملا لشخص کان لکل منهما اجرة عمله. نعم، لو عملا معا لواحد مثلا باجرة، و دفع الیهما شیئا واحدا عوضا عن اجرتهما، تحققت الشرکة فیه،

---

(۱) التذکرة ج ۲ ص ۲۲۰.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۵۶

و الوجوه،

و لکنها لیست من شرکة الاعمال، بل هی من شرکة الاموال. و یمکن تحقق الشرکة بنحو آخر، بان یصالح احدهما نصف منفعته المعینة بنصف منفعة الآخر، او یصالحه نصف منفعته بعوض معین، و یصالحه الآخر ایضا نصف منفعته بذلک العوض.

و لا- تصح ایضا الشرکة ب الوجوه باشتراک وجهین لا مال لهما بعقد لفظی علی ان یبتاع کل منهما فی ذمته الی اجل، و یکون ما یبتاعه بینهما فیبیعانه و یؤدیان الثمن، و یکون ما حصل من الربح بینهما.

و قیل: هی ان یبتاع وجیه فی الذمة، یفوّض بیعه الی خامل، و یشترط ان یکون الربح بینهما.

و قیل: ان یشترک وجیه لا مال له و خامل ذو مال، لیکون العمل من الوجیه و المال من الخامل، و یکون المال فی یده و لا یسلمه الی الوجیه و الربح بینهما.

و قیل: ان یبیع الوجیه مال الخامل بزیادة ربح، لیکون بعض الربح له.

و فی المسالک: و الکل باطل عندنا خلافا لابن الجنید، فانه جوزها بالمعنی الاول.

لا- اشکال فی بطلان العقد المزبور، للاجماع، و لما مر من فقد شرط الامتزاج انما الکلام فی انه هل یمکن القول بالشرکة من جهة اخری ام لا؟ الظاهر هو ذلک فی غیر التفسیر الثانی، اما فی التفسیر الاول فلان کلا منهما یشتری متاعا علی ان یدخل نصفه فی ملکه و نصفه فی ملک صاحبه بثمن فی ذمة نفسه، و هذا البیع صحیح علی المختار من عدم اعتبار دخول المعوض فی کیس من خرج العوض عن کیسه، و یتبعه ان الربح بینهما. و اما التفسیر الثانی فلا یحضرنی الآن ما یمکن تصحیحه به.

و أما موثق محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام عن الرجل یشتری

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۵۷

و المفاوضة. و یتحقق باستحقاق الشخصین فما زاد عینا واحدة، او بمزج المتساویین بحیث یرتفع الامتیاز بینهما.

الدابة و لیس عنده نقدها، فأتی رجل من اصحابه فقال: یا فلان انقد عنی ثمن هذه الدابة و الربح بینی و بینک، فنقد عنه فنفقت الدابة، قال علیه السلام: ثمنها علیهما، لانه لو کان ربحا فیها لکان بینهما «۱» و نحوه غیره، فلا یدل علی صحة ذلک، بل الظاهر من مفاد هذه النصوص تحقق الشرکة فی مال اشتری بثمن معین، مثلا- بقول: شرکتک فیه، علی معنی ارادة نقل نصفه مثلا- الیه بنصف الثمن، او بقول: الربح بینی و بینک فیه، و نحو ذلک، کما نبه علیه فی الجواهر.

و أما التفسیران الاخیران فیمکن ان یقال فیهما بتوکیل الخامل الوجیه فی البیع و الشراء بماله لهما، و لا محذور فیه کما مر.

و مما ذکرناه ظهر بطلان شرکة المفاوضة، و هی ان یشترک اثنان او ازید علی ان یکون کل ما یحصل لاحدهما- من ربح تجارة او زراعة او کسب آخر، أو ارث او وصیة، او نحو تلکم- مشترکاً بینهما، و کذا کل غرامة ترد علی احدهما تکون علیهما. و فی الجواهر: بل الاجماع بقسمیه علی فسادها. و ظاهر المسالک وجود المخالف، قال: و هی باطلة الّا عند ابی حنیفة و من شذ. و عن المحقق الاردبیلی- بعد ما نقل عن المصنف ره ان شرکة المفاوضة عندنا باطلة- قال: و لیس لها اصل؟.

و أیضاً ظهر ان الشرکة تتحقق باستحقاق الشخصین فما زاد عینا واحدة بارث و ما شاکل، و بمزج المتساویین بحیث یرتفع الامتیاز بینهما.

---

(۱) الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب الشرکة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۵۸

[...]

شرائط الشرکة العقدیة

[الموضع] الثالث: فی شرائط الشرکة العقدیة

. یشترط فیها امور:

۱- الایجاب و القبول، و الکلام فیهما و فیما یعتبر فیهما هو الکلام فی العقد فی سائر الابواب- کالبیع و الاجارة و ما شاکل- فیعتبر ان یکونا مبرزین للشرکة المنشأة، و لا تعتبر العربیة و لا الماضویة بل لا یعتبر اللفظ، و تتحقق بالفعل ایضا و بالمرکب من القول و الفعل.

۲- البلوغ.

۳- العقل.

و یشهد لاعتبارهما ما دل علی رفع القلم عنهما «۱» و غیره مما دل علی اعتبارهما فی البائع و المشتری و المؤجر و المستأجر.

۴- الاختیار، لا تصح الشرکة مع اکراه احدهما أو هما معا، لحدیث رفع ما استکره علیه «۲».

۵- عدم الحجر، لأدلّته «۳».

۶- امتزاج المالین سابقا علی العقد أو لاحقا، بحیث لا یتمیز احدهما من الآخر- من النقود کانا او من العروض- و لا دلیل له سوی الاجماع و المتیقن منه ذلک. و اما اعتبار الاتحاد فی الجنس و الوصف فلا دلیل علیه، لعدم الاجماع علیه، بل

---

(۱) الوسائل باب ۴ من ابواب مقدمة العبادات حدیث ۱۱- و باب ۳۶ من القصاص فی النفس.

(۲) الوسائل باب ۵۶- من ابواب جهاد النفس.

(۳) الوسائل باب ۶ من ابواب الحجر.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۵۹

و لکل منهما فی الربح و الخسران بقدر ماله و لو اشترطا التساوی مع اختلاف المالین، او بالعکس، جاز

قد یقال بکفایة امتزاج الحنطة بالشعیر، لان المتیقن من الاجماع غیر هذه الصورة، فتکون داخلة تحت عمومات ادلة الامضاء، و هو متین.

بقی فی المقام فرعان:

احدهما: انه لا خلاف و لا إشکال فی انه یتساوی الشریکان فی الربح و الخسران، و ان لکل منهما فی الربح و الخسران بقدر ماله. فلو تساویا فی المال المشترک تساویا فی الربح و الخسران، و لو کان لاحدهما زیادة کان له من الربح بقدر رأس ماله، و کذا علیه من الخسارة، بلا خلاف فی شیء من ذلک، مع اتفاقهما فی العمل او اختلافهما فیه، بل الاجماع بقسمیه علیه، و السنة مستفیضة او متواترة فیه، مضافا الی اقتضاء اصول المذهب و قواعده فی المشاع ذلک، بل هو مقتضی الاصول العقلیة ایضا، کذا فی الجواهر.

و انما الخلاف فیما لو اشترطا فی العقد غیر ذلک. و ملخص القول فیه: انه تارة یشترطان التساوی مع اختلاف المالین، و اخری یشترطان الاختلاف مع تساوی المالین، و ثالثة یشترطان کون تمام الربح لاحدهما، و رابعة یشترطان کون تمام الخسران علیه، و

خامسة يشترطان كون تمام الربح لاحدهما و الخسران على الآخر، او تمام الربح له و الخسران عليه. ثمّ انه فى جميع الصور تارة يكون الشرط للعامل منهما، و اخرى يكون لغيره.

اما (لو اشترطا التساوى مع اختلاف المالين أو بالعكس) اى اشترطا الاختلاف مع تساويهما، و كان شرط الزيادة للعامل منهما او لمن عمله ازيد، فلاـ خلاـف و لاـ إشكال على الظاهر عنـدهم فى انه جـاز كما اعترف به غير واحـد، قال فى محكى التـذكرة: لو اختص احدهما بمزيد عمل و شرط مزيد ربح له صح عندنا، و إلى ذلك

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۹، ص: ۲۶۰

[...]

يشير استدلالهم لعدم الصحة فى الفرض الآتى بان الفرض انها ليست فى مقابلة عمل، و على الجملة فالظاهر انه لا خلاف فى ذلك بل و لا إشكال كما ستعرف.

اما لو اشترطا لغير العامل منهما، او لغير من عمله ازيد، ففى صحة الشرط و العقد، و بطلانهما، و صحة العقد و بطلان الشرط فيكون كصورة الاطلاق، اقوال:

اولها: للمرتضى و المصنف و والده و ولده، بل عن المرتضى الاجماع عليه.

ثانيها: للشيخ و الحلى و المحقق الثانى و جماعة.

ثالثها: لابى الصلاح.

و استدل للاول بالادلة العامة الدالة على امضاء العقود و الشروط.

و للثانى بان شرط الزيادة مخالف لمقتضى العقد، فيبطل و يبطل العقد، اذ لم يقع التراضى بالشركة و الاذن فى التصرف الّا على ذلك التقدير. و بان جعل الزيادة لاحدهما من غير ان يكون له عمل يكون فى مقابلتها ليس تجارة عن تراض، بل هو اكل بالباطل.

و لكن يرد على الاول ان الشرط ليس مخالفا لمقتضى العقد، فان مقتضى العقد اى ما ينشأ به هو التشريك فى المال، و هذا يلائم مع كون الربح لاحدهما ازيد من ما للآخر، مع انه لو تمّ لما كان هناك فرق بين مقابلة الزيادة بالعمل و عدمها. اضف الى ذلك انه لو تم هذا الوجه لزم بطلان الشرط خاصة دون العقد، فان الشرط لا يوجب تقييد التراضى بالشركة، بعد كونه التزاماً فى ضمن التزام لا جزء من الالتزام العقدى.

و يرد على الثانى- مضافا الى ما مر من كون الشرط خارجا عن التجارة و التزاما فى ضمنها- منع عدم كونه معه من التجارة عن تراض. فالاظهر هو الاول.

فان قيل: ان العمل بالشرط غير لازم، لانه فى عقد جائز.

قلنا: اولا: انه مشترك الورود، و لا فرق فيه بين ما لو كانت الزيادة بازاء عمل

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۹، ص: ۲۶۱

و لا يصح تصرف احدهما بدون اذن الآخر، يقتصر على المأذون.

و بين ما لو لم تكن بازائه.

و ثانيا: ان الشرط فى ضمن العقد الجائز لازم الوفاء، كما مر الكلام فيه فى محله.

و ثالثا: ما افاده صاحب الجواهر ره بان عقد الشركة لازم لا جائز، و بطلانه بالقسمة لا يقتضى جوازه كبطلان العقود اللازمة بالفسخ.

اما لو اشترط كون تمام الربح لاحدهما، ففى العروة بطل العقد، لانه خلاف مقتضاه.

و فیه: اولا: ان مقتضـی العقـد کما مر هو الاشتراک فی المال، و اما کون الربـح بینهما فهو من جهـة القواعد الاولیة فی المشاع و تبعیة الربح لملک الاصل، فلا محذور فی اشتراط کونه لاحدهما.

و ثانیا: ان لازم ذلک بطلان الشرط دون العقد.

فان قیل: ان اشتراط کون الربح لاحدهما مخالف للشرع، فان الملکیة تحتاج الی سبب و لا تثبت بالشرط.

قلنـا: ان الظاهر کما بیّناه فی محله من هـذا الشـرح کون الملکیـة من الغایات التی یجوز اشتراطها، اذ لا یعتبر فی تحققها سـبب خاص، فدلیل وجوب الوفاء بالشرط یصلح دلیلا علی کون الشرط من اسبابها.

و بما ذکرناه یظهر صـحة اشتراط کون تمام الخسـران علی احـدهما، او کون تمام الخسـران علی احدهما و تمام الربح للآخر، او کون تمام الربح لاحدهما و الخسران علیه ایضا.

و الثانی: انه اذا اشترک المال باحـد اسـبابه السابقـة لا یصـح تصـرف احدهما بدون اذن الآخر، لعدم جواز التصـرف فی مال الغیر بغیر اذنه، فان حصل الاذن لاحدهما تصرف هو دون الآخر، لکن یقتصر من التصرف علی المأذون. و لو

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۶۲

[...]

اذن کل واحد من الشریکین لصاحبه جاز لهما التصرف، و لکل من الشرکاء الرجوع من الاذن الذی هو کالتوکیل لعدم الملزم للاذن، و لیس هو من قبیل الاباحة بالعوض.

القسمة

[الموضع] الرابع: فی القسمة

اشارة

، و هی تعیین الحق لکل شـریک، و الظاهر کونها معاملة مسـتقلة لیست بیعا و لا صـلحا و لا غیرهما، سواء کان فیها ردّا و لم یکن، بلا خلاـف اجـده فیه و لا إشـکال، فلا یترتب علیها آثار البیع من الشـفعة و خیار المجلس و اعتبار القبض فی النقـدین، بل هی لیست من قبیل المعاوضات فلا یلحقها الربا و ان تحقق فیها التعاوض.

و الاصـل فی شـرعیتها- مضافا الی انها معاملـة عقلائیـة لم یردع الشارع الاقـدس عنها و اجماع الامـة علیها-: من الکتاب قوله تعالی وَ إِذا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبی ... الخ «۱». و قوله سبحانه وَ نَبِّئْهُمْ أَنَّ الْماءَ قِسْمَةٌ بَیْنَهُمْ کُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ «۲».

و من السنة نصوص مستفیضة ستمر علیک جملة منها فی طی المسائل الآتیة.

و قد فعلها النبی صلّی اللّه علیه و آله، فانه روی مجمع بن حارثة انه صلّی اللّه علیه و آله قسّم خیبر علی ثمانیة عشـر سهما «۳» و روی انه قسّمها علی ستة و ثلثین سهما «۴» و للجمع بین هذین الخبرین محل آخر. و روی انه کان لأمیر المؤمنین علیه السلام قاسم یقال

---

(۱) النساء آیة ۹.

(۲) سورة القمر آیة ۲۸.

(۳) المبسوط- کتاب القضاء- فصل ذکر القاسم.

(۴) المبسوط- کتاب القضاء- فصل ذکر القاسم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج‌١٩، ص: ٢٦٣

و مع انتفاء الضرر بالقسمة يجبر الممتنع عنها مع المطالبة

له عبد اللّه بن يحيى، و كان يرزقه من بيت المال «١».

و تمام الكلام فى المقام بالبحث فى مسائل:

الاولى:

اذا طلب احد الشريكين القسمة

وجب على الآخر اجابته مع عدم الضرر، و مع امتناعه و انتفاء الضرر بالقسمة يجبر الممتنع عنها مع المطالبة بلا خلاف.

و استدل له فى الرياض بان للانسان ولاية الانتفاع بماله، و الانفراد اكمل نفعا. و فى الحدائق بانه يجب ايصال المال الى صاحبه، و هو هنا بالقسمة.

و لكن ثبوت الولاية على الانتفاع بالمال لا يقتضى الولاية على تبديل ماله و مال شريكه، فان الملكية المشاعة غير الملكية المفروزة، و تبديل الاولى بالثانية- الذى يعبّر عنه بالقسمة و عرفت انها معاملة مستقلة- انما يكون بتبديل مال نفسه و مال شريكه، و دليل السلطنة لا يثبت الولاية على التصرف الموجب للتصرف فى مال الغير ايضا. و اما وجوب ايصال المال الى صاحبه فهو ايضا لا يقتضى وجوب الاجابة، لان الايصال الواجب انما هو عدم الممانعة من تصرف المالك فى ماله، و هذا غير وجوب تبديله الى مال آخر.

و استدل المحقق القمى ره فى جامع الشتات له بحديث لا ضرر و لا ضرار «٢»، قال: و هو المدرك فى هذه المسألة فى اغلب المواضع.

و فيه: انه بعد تحق الشركة و صيرورة الموجود ملكا مشاعا لشريكين، لا يترتب ضرر على عدم القسمة بل غايته فوت النفع، مع ان حديث لا ضرر لا يصلح لاثبات

---

(١) المبسوط- كتاب القضاء- فصل ذكر القاسم

(٢) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار كتاب التجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج‌١٩، ص: ٢٦٤

[...]

الوجوب، لانه ناف للحكم لا مثبت. فاذا لا دليل على وجوب الاجابة.

ثمّ على تقدير الوجوب، لو امتنع الشريك عنه، و قلنا بجواز اجباره لانه ممتنع، تحقق القسمة بدون رضاه يحتاج الى دليل مفقود. و لكن الظاهر تسالم الاصحاب على الحكمين، و تكرر فى كلماتهم دعوى الاجماع عليهما، و هو المستند فيهما.

ثمّ انه اذا كانت القسمة موجبة للضرر، فتارة يتضرر الشريك بها و لا يتضرر الطالب بتركها، و اخرى يتضرران بها معا، و ثالثة يتضرر الشريك بها و الطالب بتركها، و رابعة يتضرر الطالب بها خاصة.

اما فى الصورة الاولى و الثانية فلا خلاف بينهم فى عدم وجوب الاجابة، و وجهه قاعدة لا ضرر مضافا الى الاصل كما مر.

و أما فى الصورة الثالثة، ففى الحدائق: فيتعارض الضرران، فينبغى ان يرجح الاقل ضررا، و مع التساوى يشكل الامر، فيحتمل الرجوع الى القرعة. و فيه: انه لا وجه لترجيح الاقل ضررا، لانه لا يجب على الانسان تحمل الضرر ليدفع الضرر عن غيره، فوجوب الاجابة اذا

کان ضرریا یرتفع بالحدیث، و ان کان فی ترک القسمة ضرر اعظم منه علی الطالب.

و أما فی الصورة الرابعة، فقد استدلوا لعدم وجوب الاجابة بان ارتکاب ذلک سفه و تضییع لماله. و فیه: أنه اذا کان ذلک بنحو یجوز لمالکه ذلک کما لو کان التضرر بنقص القیمة، فلا وجه لعدم وجوب الاجابة، لعدم المانع عنه.

ثمّ انه حیث عرفت ان منشأ عدم وجوب الاجابة فی موارده هو حدیث لا ضرر «۱» فاعلم ان المناط فی الضرر نقص القیمة او غیره مما یوجب صدق کون

---

(۱) الوسائل باب ۱۷- من ابواب الخیار کتاب التجارة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۶۵

و یکفی القرعة فی تحقق

القسمة ضرریة، و لا یعتبر الخروج عن الانتفاع بالمرة و لا خصوص نقصان الانتفاع.

نعم، لو لم یکن فی القسمة بما هی قسمة ضرر، و کان الضرر خارجیا متوجها بسبب القسمة- کما اذا کان شریکه من لا یقدر احد علیه، و اذا استقل هو بحصة یتمکن الغاصب من غصب ماله مثلا- قد یقال بعدم کفایته فی رفع وجوب الاجابة، و لعل وجهه ان حدیث لا ضرر انما یرفع حکم الموضوع الضرری و یکون من قبیل نفی الحکم بلسان نفی الموضوع، و الموضوع فی المقام لیس ضرریا، و لکن بما ان المختار عندنا تبعا للشیخ الاعظم ره انه ینفی کل حکم نشأ منه الضرر، فالظاهر کفایة الضرر الخارجی ایضاً فی رفع الوجوب.

و لا فرق فیما ذکرناه بین کون القسمة بنحو الافراز کما فی المثلیات من الحبوب و الادهان من نوع واحد، او بالتعدیل کما فی القیمیات من نوع واحد او انواع کالدور و الدکاکین و ما شاکل، او تکون بنحو الردّ بضم شیء الی احد الطرفین من الخارج. فما افادوه من انه یجبر علیها فی الاولیین ان لم یکن ضرر، و لا یجبر علیها فی الثالثة معللا بانها متضمنة للمعاوضة المحتاجة الی التراضی لا یتم، فان القسمة فی الموارد الثلاثة متضمنة للتعاوض، و لا تکون متضمنة للمعاوضة فی شیء من الموارد، و فی التعاوض الذی هو من المعاملات و ان کان یعتبر التراضی الا ان المفروض فی المقام سقوط اعتبار ذلک. اللهم الا ان یقال: ان عمدة مدرک وجوب الاجابة هو الاجماع و المتیقن من معقده القسمان الاولان، فلا تجب فی الثالث للاصل.

اعتبار القرعة

اشارة

الثانیة: و قد صرح غیر واحد من الاصحاب بانه (تکفی القرعة فی تحقق

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۶۶

القسمة مع تعدیل السهام،

القسمة مع تعدیل السهام) بالاجزاء ان کانت فی متساویها کیلا أو وزنا، او عدداً بعدد الانصباء، أو بالقیمة ان اختلفت کالارض و الحیوان، و لا حاجة الی شیء آخر من رضا بعدها و غیره فی قسمة الاجبار و غیرها، من غیر فرق بین کونها ردیة او غیرها، و لابین

کون القاسم منصوبا من الامام علیه السلام أو الحاکم أو غیره ککونه منهما او من وکیلهما، لان القسمة اذا وقعت صحیحة فهی کسائر المعاملات لا یعتبر فیها الرضا بعد تمامیة المعاملة.

و عن المشهور- علی ما قیل- الاحتیاج الی الرضا بعد القرعة، خصوصا فی قسمة الرد، لاشتمالها علی المعاوضة المتوقفة علی ما یدل علی الرضا بذلک. فان کان نظرهم الی ان القسمة من المعاملات فلا تتحقق بدون الرضا، فیرد علیهم ان المفروض وجود الرضا المقارن، او عدم اعتباره کما فی قسمة الاجبار. و ان کان الی ان القرعة وحدها لیست ممیزة للحق و مشخصه له و ملزمة به، فیرده نصوص القرعة «١» و کون القرعة عند العرف مما ینشأ به القسمة فتشملها ادلة القسمة.

و هل تعتبر القرعة فی القسمة، ام لا؟ قولان، فظاهر جماعة بل قیل انه ظاهر الجمیع اعتبارها. و عن المحقق الاردبیلی و المحدث البحرانی و غیرهما ممن تأخر عنهما عدم اعتبارها، و الاکتفاء بالرضا من کل من الشرکاء بأخذ سهم.

و الثانی اظهر، لإطلاق ما دل علی القسمة من الادلة المتقدمة، و لو شک فی اعتبارها یرتفع الشک باطلاقها و الاصل، کسائر ما یشک فی اعتباره فی المعاملة. و للنصوص الواردة فی قسمة الدین، کخبر غیاث عن جعفر عن ابیه عن علی علیهم السلام فی رجلین بینهما مال، منه بأیدیهما و منه غائب عنهما، فاقتسما الذی بأیدیهما و احال

---

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب کیفیة الحکم و احکام الدعوی کتاب القضاء.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٢٦٧

]...[

کل واحد منهما من نصیبه الغائب، فاقتضی احدهما و لم یقتض الآخر، قال علیه السلام: ما اقتضی احدهما فهو بینهما، و ما یذهب بینهما «١» و مثله خبر الثمالی عن ابی جعفر علیه السلام «٢» و خبر محمد بن مسلم عن احدهما علیهما السلام «٣» و صحیح عبد اللّه بن سنان «۴» و خبر سلیمان بن خالد «۵». فان ظاهرها صحة قسمة ما بایدیهما مع عدم القرعة، فتأمل لورود النصوص سؤالًا و جوابا فی مقام بیان حکم آخر، فلا وجه للتمسک بها، فالعمدة هو الاطلاق و الاصل.

و استدل للاول فی الجواهر تارة بان القرعة داخلة فی حقیقة القسمة بحیث لا تصدق بدونها.

و اخری بان القرعة شرعت للتعیین، کما شرع قبض المستحق من المستحق علیه فی الدین.

و ثالثة بان مقتضی تعریف القسمة بانها تمییز الحقوق کون حصة الشریک کلیا دائراً بین مصادیق متعددة، فتکون محلا للقرعة، اذ هی حینئذ لاخراج المشتبه، و تعیین ما لکل منهما من المصداق واقعا، فنکشف حینئذ عن کون حقه فی الواقع ذلک.

و رابعة باتفاق الاصحاب علی اعتبارها فی القسمة شرعا مؤیدا بتعارف ذلک بین عوام المتشرعة فضلا عن خواصهم.

و فی الجمیع نظر. اما الاول فلان القسمة کما مر معاملة خاصة تنشأ بالقول او الفعل، و لا دخل للقرعة فیها. نعم، هی احد الافعال المنشأ بها القسمة.

---

(١) الوسائل- باب ۶ من ابواب کتاب الشرکة حدیث ١.

(٢) الوسائل- باب ۶ من ابواب کتاب الشرکة حدیث ١.

(٣) الوسائل- باب ۶ من ابواب کتاب الشرکة حدیث ١.

(۴) الوسائل باب ۶ من ابواب کتاب الشرکة حدیث ٢.

(۵) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الدین و القرض حدیث ١.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۶۸

و الاحوط حضور قاسم و لیس شرطا و الشریک امین،

و أما الثانی فلانه لا کلام فی ان القرعة تصلح للتعیین و انها شرعت له، و لکن لا یلازم ذلک عدم معین غیرها.

و أما الثالث فلانه فی موارد الشرکة انما یکون المال بینهما بنحو الاشاعة لا الکلی فی المعیّن، مع انه لو کان من قبیل الکلی فی المعیّن کان مقتضی اطلاق ادلة القسمة تعیّن حق کل منهما بما ینشأ به القسمة.

و أما الرابع فلعدم ثبوت کون الاجماع تعبدیا، مع انه قده صرح بانه قد یقال ان مراد الاصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضی لانها العدل بینهما.

فتحصل مما ذکرناه انه مع التراضی لا حاجة الی القرعة.

[حضور قاسم) من قبل الحاکم، او من قبلهما]

الثالثة: و الاحوط حضور قاسم من قبل الحاکم، او من قبلهما، لانه ابعد الی التنازع خصوصا اذا کان هو الحاکم المنصوب من قبل الامام علیه السلام، فانه یقطع النزاع بین المتخاصمین. (و لیس شرطا) فی صحة القسمة و لزومها بلا خلاف، لعدم الدلیل علیه، بل مقتضی اطلاق الادلة عدم شرطیته.

لا تصح الشرکة المؤجلة الخامس:

فی جملة من احکام الشرکة و القسمة

اشارة

، و هی تذکر فی طی فروع:

[لا تصح الشرکة المؤجلة]

۱- لا خلاف و لا اشکال فی انه لا یضمن الشریک ما تلف من مال الشرکة الذی فی یده باذن الشریک، من غیر تعد و لا تفریط، لانه امین، و قد اتفقت النصوص «۱» و الفتاوی علی انه لا یضمن الا مع التعدّی او التفریط.

---

(۱) الوسائل باب ۴ من ابواب الودیعة و باب ۱ من العاریة و باب ۲۸ و ۲۹ و ۳۰ من الاجارة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۶۹

و لا تصح مؤجلة و تبطل الشرکة بالموت و الجنون،

[عدم صحة الشرکة مؤجلة]

۲- و لا تصح الشرکة مؤجلة.

قال فی المسالک: المراد بصحة التأجیل المنفیة ترتب اثرها بحیث لا تکون لازمة الی الاجل، و انها لم تصح لانها عقد جائز، فلا یؤثر شرط التأجیل فیها، بل لکل منهما فسخها قبل الاجل. نعم، یترتب علی الشرط عدم جواز تصرفهما بعده الا باذن مستأنف، لعدم تناول الاذن له، فلشرط الاجل اثر فی الجملة، انتهی. و نحوه ما قاله فی الحدائق.

و نقل فی محکی المختلف عن الشیخین انهما قالا: الشرکة بالتأجیل باطلة، قال: و ظاهر ان مرادهما لیس البطلان من رأس بل عدم اللزوم، و لذا قال المفید عقیب ذلک: و لکل واحد من الشریکین فراق صاحبه ای وقت شاء. ثمّ نقل عن ابی الصلاح انه قال: و لا أثر للتأجیل فی عقد الشرکة، و لکل شریک مفارقة شریکه ای وقت شاء و ان کانت مؤجلة. ثمّ قال: و العبارتان ردیتان، و التحقیق ان للتأجیل اثراً، و هو منع کل منهما من التصرف بعده الا باذن مستأنف، و ان لم یکن له مدخل فی الامتناع من الشرکة، اذ لکل منهما الفسخ قبل الاجل، انتهی.

و لو اشترط عدم الرجوع قبل الاجل، فهل یجوز له الرجوع ام لا؟ الظاهر انه لیس له ذلک تکلیفاً، لعموم ما دل علی وجوب الوفاء بالشرط «۱» و لکن له الرجوع وضعا کما لا یخفی.

[عدم بطلان الشرکة بالموت و الجنون و الحجر]

۳- و تبطل الشرکة بالموت و الجنون و الحجر، بمعنی انه لا یجوز للآخر التصرف، و اما الشرکة فهی باقیة، فالاولی فی التعبیر ما فی الشرائع، قال: و یبطل الاذن بالجنون و الموت.

---

(۱) الوسائل باب ۶ من ابواب الخیار کتاب التجارة.

و یکره مشارکة الکفار، و لیس لأحد الشریکین المطالبة باقامة رأس المال، و انما تصح القسمة بالتراضی و لا یصح قسمة الوقف، و یجوز قسمته مع الطلق

[کراهة مشارکة الکفار]

۴- (و یکره مشارکة الکفار) عند علمائنا کما عن التذکرة، و یشهد به خبر السکونی «۱» و صحیح ابن رئاب «۲» و هما و ان اختصا بالذمی الا انه یثبت الحکم فی غیره بالاولویة.

[لیس لأحد الشریکین المطالبة باقامة رأس المال]

۵- (و لیس لأحد الشریکین المطالبة باقامة رأس المال)، بل یقتسمان العین الموجودة ما لم یتفقا علی البیع کما هو واضح.

[تصح القسمة بالتراضی]

۶- و انما تصح القسمة فی غیر القسمة الاجباریة بالتراضی، و وجهه ظاهر مما قدمناه.

قسمة الوقف

۷- و قد صرح الاصحاب بانه لا تصح قسمة الوقف، و یجوز قسمته مع الطلق. و لکن فی محکی التحریر: و لو قیل بقسمة الوقف بعضه من بعضه مطلقا امکن، اذ القسمة لیست بیعا، و الاقرب عدم جوازها، اذ البطن الثانی یأخذ الوقف عن الواقف و لا یلزمه ما فعل البطن الاول، و لو تعدد الواقف و الموقوف علیه فالاقرب جواز القسمة، انتهی.

و تبعه فی الحدائق، قال: و اما لو تعدد الواقف و الموقوف علیه، بان کانت الدار

---

(۱) الوسائل باب ۲ من ابواب کتاب الشرکة- حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۲ من ابواب کتاب الشرکة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۷۱

]...[

مشترکة بین زید و عمرو نصفین مثلا، فوقف زید نصفه علی ذریته و عمر و نصفه علی ذریته، فانه یجوز للموقوف علیهم من الطرفین قسمة هذا الوقف، انتهی.

و کذا المحقق القمی ره، بل یظهر منه جوازها مع تعدد الوقف و الموقوف علیه، کما اذا کان نصف مشاع من ملک وقفا علی مسجد و النصف الآخر علی مشهد.

و التحقیق یقتضی ان یقال: انه ان لم تکن القسمة منافیة لمقتضی الوقف بسبب اختلاف البطون قلة و کثرة- کما لو کان نصف مشاع وقفا علی مسجد و النصف الآخر علی مشهد، او کان نصفه وقفا علی قبیلة و النصف الآخر وقفا علی قبیلة اخری- فالاظهر هو الجواز مطلقا. و دعوی عدم انحصار الحق فی الموجودین فیما اذا کان الوقف علی القبیلة، مندفعة بانه یمکن ان یتصدی المتولّی او الحاکم الشرعی و یتولاه عن البطون اللاحقة.

فان قیل: انه اذا کان الوقف علی نحو وقف المشاع، فالقسمة الموجبة للافراز و التعیین خلاف وضع الوقف، و قد دلت النصوص علی ان الوقوف علی ما وقفت.

قلنا: ان القسمة موجبة عند العرف للتمییز لا لتغییر وضع الوقف، و علی فرض تسلیم کونه کذلک فلا اشکال فی اغتفار مثل ذلک، و لذا اتفقوا علی انه یجوز قسمته مع الطلق.

و أما ان کانت منافیة لمقتضی الوقف بسبب اختلاف البطون قلة و کثرة، فان اقتسم اهل کل طبقة بالنسبة الی انفسهم فقط صحت القسمة لعدم المانع عنها، و الا فلا تصح، لان الحق یتغیر بزیادة البطون و نقصانها، فربما استحق بعض بطون المتقاسمین اکثر مما ظهر بالقسمة لمورثهم و بالعکس.

ثمّ ان قسمة الوقف عن الطلق اذا اشتملت علی الردّ من جانب الوقف، فلا مانع منها و مقابل الرد وقف ان کان من الوقف، و ان کان

من مال الموقوف علیهم فهو
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۷۲
الفصل السادس: فی المضاربة، و هی ان یدفع الانسان مالا الی غیره لیعمل فیه بحصة من ربحه

لهم، و ان کان الرد من جانب الطلق فلا تجوز، لاستلزام القسمة ملکیة بعض الوقف.

الفصل السادس: فی المضاربة

اشارة

و تسمی قراضا عند اهل الحجاز، و هی عبارة عن (ان یدفع الانسان مالا الی غیره لیعمل فیه بحصة من ربحه).
و توضیح ذلک ما فی المسالک تبعا للتذکرة، قال: اعلم ان من دفع الی غیره مالا لیتجر به، فلا یخلو اما ان یشترطا کون الربح بینهما، او لاحدهما، او لا یشترطا شیئا. فان شرطاه بینهما فهو قراض، و ان شرطاه للعامل فهو قرض، و ان شرطاه للمالک فهو بضاعة، و ان لم یشترطا شیئا فکذلک الا ان للعامل اجرة المثل.
و اورد علی ما افاداه تارة بان مجرد شرط کون الربح للعامل لا یوجب تحقق القرض الذی هو انشاء تملیک المال بعوض فی الذمة، و اخری بان ظاهر ما ذکراه انه مع اشتراطهما کون تمام الربح للمالک لا یکون للعامل اجرة المثل، و عن الریاض نسبته الی ظاهر الاصحاب، و هو مناف لقاعدة احترام عمل المسلم المقتضیة للضمان.
اقول: اما الایراد الاول فیمکن دفعه بان مرادهما بیان حال کل من القراض و القرض و البضاعة فی حد ذاته، لا ان المراد تحققه علی الوجه المزبور. مع انه اذا کان کون الربح للعامل من اللوازم الشرعیة لملک المال، فمجرد قصد کون الربح له کاف فی تحقق القرض، بناء علی عدم اعتبار الصراحة فی انشاء العقود، و صحة انشائها بالکنایات و شبهها، کما حققناه فی کتاب البیع. و یؤید ما ذکرناه الصحیح عن ابی جعفر علیه السلام عن امیر المؤمنین علیه السلام: من ضمن تاجراً فلیس له الا رأس
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۷۳
]...[

ماله، و لیس له من الربح شیء «۱» و الموثق عنه علیه السلام: من ضمن مضاربة فلیس له الا رأس المال، و لیس له من الربح شیء «۲» اذ کما ان التضمین من لوازم القرض کذلک الاختصاص بالربح، فکما ان الاول یکفی فی تحقق القرض فکذلک الثانی.
و أما الایراد الثانی فهو وارد، ان لم یکن لاشتراط کون تمام الربح للمالک بدون ذکر اجرة للعامل ظهور عرفی فی ارادة المجانیة و لیس بکل البعید. وجه الورود لیس ما افاده صاحب الجواهر من اقتضاء قاعدة احترام عمل المسلم ذلک- لما مر فی کتاب الاجارة من عدم اقتضائها الضمان- بل هو ان الامر بالعمل، او الاذن فی العمل، او دفع السلعة الی الغیر للعمل و اشباهها، کأکل مال الغیر بالضمان و الاباحة بالعوض، من الاسباب المعاملیة للضمان التی قامت السیرة علیها و بناء العقلاء و لم یردع الشارع عنها، بل هذه کلها من العقود، فتشملها ادلة امضاء المعاملات و لزومها، کما تقدم الکلام فی ذلک فی کتاب الاجارة. فالاظهر هو ثبوت اجرة المثل فی الموردین.
قال فی المسالک: ان عقد القراض مرکب من عقود کثیرة، لان العامل مع صحة العقد و عدم ظهور ربح و دعی امین، و مع ظهوره شریک، و مع التعدی غاصب، و فی تصرفه وکیل، و مع فساد العقد اجیر، انتهی. و بدیهی ان لیس مراده انشاء هذه العقود بانشاء عقد

المضاربـة، بل المراد انه یتبعها احکام هـذه العقود، و فی عـدّه الغصب و اجرة المثل و الشـرکة فی الربـح من العقود مسامحة واضـحة، فالاولی ما افاده غیره من ان عقد المضاربة یتبعها احکام عقود کالوکالة و الودیعة و الشرکة، و غیرها کالغصب و اجرة المثل و نحوها.

---

(١) الوسائل باب ۴ من ابواب کتاب المضاربة- حدیث ١.

(٢) الوسائل باب ۴ من ابواب المضاربة حدیث ٢.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٢٧۴

]...[

عقد المضاربة و تمام الکلام فی هذا الفصل یستدعی بیان امور:

[الامر] الاول: العقد

اشارة

، و قـد جعله المصـنف فی التـذکرة و القواعد علی ما حکی من ارکان هذه المعاملة، بل صـرح فی التذکرة بانه لا بدّ فیه من لفظ یدلّ علی الرضا، و صریح ذلک عدم جریان ما یشبه المعاطاة من الانشاء الفعلی فیه.

و الحق ان یقـال: انه لاـ إشـکال فی لزوم العقـد و اعتبـاره بمعنی الانشـاء الملاـئم مع کونه ایقاعا، لان المضاربـة و ان کانت من مقولة المعنی، و لکن قد عرفت غیر مرة ان بناء العقلاء و الشارع الاقدس علی عدم العبرة بالاعتبارات النفسانیة غیر المبرزة، و انه یعتبر الابراز فی جمیع العقود و الایقاعات.

و الظـاهر کونها من العقود فتفتقر الی ایجاب و قبول، فانها عقـد تعاوضـی قائم بطرفین، فلا یکفی الانشاء من جانب واحـد، و لا یشـبه الوکالة التی هی اذن، و حیث عرفت فی کتاب البیع ان مقتضی القاعدة الاولیة عدم اعتبار اللفظ فی الانشاء ایجابا و قبولا، فیکفی انشاء هذه المعاملة بالفعل، بل یکفی ان یکون ایجابها بالقول و القبول بالفعل.

و هل یعتبر التواصل بین الایجاب و القبول کما صـرح به المصنف ره ام لا؟ وجهان مبنیان علی اعتبار التوالی بینهما فی العقود مطلقا و عدمه، فعلی الاول یعتبر دون الثانی، و قد مر الکلام فی المبنی مستوفی.

قال فی محکی التـذکرة: یجب التنجیز فی العقد، فلا یجوز تعلیقه علی شـرط او صـفة، مثل اذا دخلت الدار و اذا جاء رأس الشـهر فقد قارضتک، و کذا لا یجوز تعلیق البیع و نحوه، لان الاصل عصمة مال الغیر، انتهی.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٢٧۵

]...[

و یرد علیه انه لا بدّ من الخروج عن الاصل بعمومات ادلة امضاء المعاملات، و خصوص ما ورد فی المضاربة بعد ان لیس فیها ما یشیر الی اعتبار التنجیز. و اما الوجوه التی اسـتدلوا بها لمبطلیـة التعلیق فی مطلق العقود فقـد ذکرناها فی کتاب البیع، و بیّنا عدم تمامیة شـیء منها سوی الاجماع فی بعض العقود و لیس منه المضاربة، کیف و قد افتی المحدث البحرانی صریحا بعدم اعتبار التنجیز! فالاظهر عدم اعتباره.

و یشترط فی المتعاقدین البلوغ و العقل و الاختیار، و فی المالک عدم الحجر لفلس، بلا خلاف فی شیء من تلکم، و قد مر الکلام فی

الجمیع فی کتاب الاجارة و المزارعة، و ما ذکرناه فی ذینک البابین یجری فی المقام فلا وجه للاعادة.

اشتراط عدم الفسخ

و ستعرف ان عقد المضاربة جائز من الطرفین، یجوز لکل منهما فسخه.

انما الکلام فی انه لو اشترط فیه عدم الفسخ الی زمان، فعن المشهور بطلان الشرط المذکور بل العقد ایضا، لانه مناف لمقتضی العقد.

و نخبة القول فی المقام: انه تارة یشترط عدم الفسخ فی ضمن عقد المضاربة، و اخری یشترطه فی ضمن عقد جائز او لازم آخر.

اما فی المورد الاول، فان کان الشرط لزوم العقد و عدم انفساخه بالفسخ، صح ما ذکره المشهور من کونه منافیا لمقتضی العقد، و یکون مخالفا للمشروع، و الظاهر ان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۷۶

[...]

نظرهم فی المقام الی ذلک.

قال فی الشرائع- بعد ذکر ان عقد المضاربة جائز من الطرفین-: فلو اشترط فیه الاجل لم یلزم، لکن لو قال: ان مرت بک سنة مثلا فلا تشتر بعدها و بع صح، لان ذلک من مقتضی العقد، و لیس کذلک لو قال: علیّ ان لا أملک فیها منعک، لان ذلک مناف لمقتضی العقد. و مثله عبارة القواعد، الا انه لم یتعرض لتعلیل عدم الصحة، و علّله فی محکی جامع المقاصد بذلک اعتماداً منه علی ما ذکره من القواعد قبل ذلک. و بالجملة المتتبع فی کلمات الفقهاء یجد ان الشرط المنافی لمقتضی العقد عندهم هو شرط لزوم عقد المضاربة لا شرط عدم الفسخ.

و کیف کان، فالشرط باطل لکنه لا یبطل العقد، لما مر فی محله من ان الشرط الفاسد لا یفسد، و ان کان الشرط عدم الفسخ بطل الشرط، لا لما نسب الی المشهور بل لان حقیقة الشرط حیث تکون تعلیق الالتزام بالعقد و الوفاء به علیه، فلا یصح شرط عدم الفسخ.

و أما فی المورد الثانی، فان کان الشرط لزوم العقد بطل لما مر، و ان کانت عدم الفسخ فان کان العقد جائزاً بطل ایضا لما مر، و ان کان لازما صح و وجب الوفاء به، و لکن لو فسخه ینفسخ و ان عصی، و علی جمیع التقادیر لا یبطل العقد.

و لو اشترط احدهما علی الآخر فی ضمن عقد المضاربة مالًا او عملًا، فالظاهر صحته و لزوم الوفاء به، لعموم دلیل وجوب الوفاء بالشرط. و ما اشتهر من ان الشروط فی ضمن العقود الجائزة غیر لازمة الوفاء، یکون المراد به انه للمشروط علیه ان یفسخ العقد و معه لا یجب الوفاء به، لا انه لا یجب الوفاء به مع بقاء العقد و عدم فسخه.

و أما ما افاده صاحب الجواهر ره من انه لا یجب الوفاء بها مع بقائها، بدعوی انها تابعة للعقد لزوما و جوازا، بل مع جوازه هی اولی بالجواز و انها معه شبه الوعد،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۷۷

[...]

و المراد من قوله علیه السلام: المسلمون عند شروطهم «۱» بیان صحة اصل الشرط لا اللزوم و الجواز.

فیرد علیه: ان الشرط هو الالتزام فی ضمن التزام، و مع تحقق ذلک مقتضی ظهور المسلمون عند شروطهم- الذی مضمونه عدم انفکاک المسلم عن شرطه- وجوب الوفاء به ما دام بقاء الموضوع. فحینئذ ان کان ذلک فی ضمن عقد لازم فلا اشکال، و ان کان فی ضمن عقد جائز، فان ارتفع العقد بفسخ فقد انتفی الشرط فینتفی الوجوب بتبعه، و الا فالموضوع باق و لا یعقل تخلف حکمه عنه. و

ما افاده من تبعیته للعقد لزوما و جوازا، لا دلیل علیه اصلا، بل اطلاق دلیل وجوب الوفاء به یشهد بخلافه، و اغرب من ذلک دعواه عدم دلالهٔ المسلمون عند شروطهم علی لزوم الوفاء به.

و کذا یصح الشرط و یجب الوفاء به لو اشترط المالک علی العامل، او العکس، بیعا او قرضاً او قراضا او بضاعهٔ او نحو ذلک.

و دعوی ان القدر المتیقن من ادلهٔ امضاء المضاربهٔ و مشروعیتها ما اذا کان من المالک رأس المال خاصهٔ و من العامل التجارهٔ، فمع اضافهٔ آخر لا یعلم المشروعیهٔ و الاصل عدمها، مندفعهٔ:

اولا: بان الشرط کما مر مراراً لا یکون داخلا فی العقد، بل هو التزام مستقل غیر مرتبط بالالتزام العقدی، و انما یکون الالتزام بالعقد و الوفاء به معلقا علیه، فهذا العقد الذی اشترط فی ضمنه لا یکون فیه من المالک الا رأس المال، و من العامل التجارهٔ.

---

(۱) الوسائل باب ۶ من ابواب الخیار.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۷۸

[...]

و ثانیا: انه مع اطلاق ادلهٔ الامضاء العامهٔ، بل و بناء العقلاء، بل اطلاق ما دل من الاخبار علی امضاء المضاربهٔ الشاملهٔ للمضاربهٔ مع الشرط ایضا، یمنع عن الرجوع الی الأخذ بالمتیقن، و الرجوع فی غیره الی الاصل.

و ثالثا: ان ما ذکر لو تمّ لکان من حیث متعلق العقد، و یکفی فی صحهٔ الشرط عموم ادلهٔ الشروط.

و عن الشیخ فیما اذا اشترط المالک علی العامل بضاعهٔ بطلان الشرط دون العقد فی احد قولیه، و بطلانهما فی قوله الآخر. و قد ذکر فی وجه بطلانهما ان الشرط المزبور مناف لمقتضی العقد فیکون باطلا، و حیث انه یلزم من بطلانه جهالهٔ حصهٔ العامل لان للشرط قسطاً من الربح، و ببطلان الشرط یسقط ذلک القسط و هو مجهول، فیبطل العقد لذلک.

و فیه: اولا: ان الشرط لیس منافیا لمقتضی العقد، لان مقتضاه کون عمله فی مال القراض بجزء من الربح، و العمل الخارجی لیس عملا فی مال القراض.

و ثانیا: ان الشرط لیس مقابلا فی شیء من الموارد بالعوض، فلا ینقص ببطلانه شیء من الحصهٔ، فلا تصیر مجهولهٔ.

و ذکر فی وجه بطلان الشرط خاصهٔ- مضافا الی ما مر- بان هذا الشرط لا أثر له، لعدم وجوب الوفاء به لکونه فی العقد الجائز، و لا یلزم من تخلفه التسلط علی الفسخ، لجواز فسخه و لو مع عدم التخلف.

و فیه: اولا: ما تقدم من ان الشروط فی ضمن العقود الجائزهٔ لازمهٔ الوفاء.

و ثانیا: ان الفسخ الثابت بتخلف الشرط غیر الفسخ المتحقق مع عدم التخلف، فان الاول حلّ العقد من الاول، و الثانی حله من الاثناء، و الثمرهٔ ظاهرهٔ. فالاظهر صحهٔ الشرط و العقد معا.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۷۹

و انما تصح بالاثمان الموجودهٔ،

مال القراض و شرائطه

الامر الثانی: فی مال القراض

اشارهٔ

، قالوا: و انما تصح بالاثمان الموجودة، و ینحل ذلک الی انه یعتبر فیه امور:

۱- ان یکون رأس المال عینا فلا تصح بالدین، فلو کان له علی العامل دین لا یصح جعله قراضا، و کذا لو کان له دین علی احد لم یجز ان یجعله مضاربة، بلا خلاف فی ذلک. و یشهد به خبر السکونی عن ابی عبد اللّه علیه السلام، قال امیر المؤمنین علیه السلام فی رجل له علی رجل مال فتقاضاه و لا یکون عنده، فیقول: هو عندک مضاربة، قال علیه السلام: لا یصلح حتی یقبضه منه «۱».

و لا- تصح بالمنفعة ایضا، اجماعا محققا و محکیا مستفیضا، و هو العمدة فیه کما صرح به فی المسالک، و به یخرج عن عمومات الصحة.

۲- ان یکون من الاثمان ای الذهب و الفضة المسکوکین بسکة المعاملة بان یکون درهما او دینارا، فلا تصح بالفلوس و الاسکناس و ما شاکل و لا بالعروض. و قد اعترف جملة من الاصحاب بانهم لم یقفوا علی دلیل علی اعتبار ذلک غیر الاجماع المدّعی فی المقام، و کفی به حجة فی مثل هذا الحکم المخالف للقواعد و الاصول، فان مثل هذا الاجماع لا محالة یکون تعبدیا کاشفا عن رأی المعصوم علیه السلام، فلا وجه لتأمل بعض متأخری المتأخرین فیه لشمول العمومات، فانها تخصص بالاجماع. نعم، لا بأس بکونه من المغشوش الذی یعامل به، و لو کان خالصا و لم یکن بسکة المعاملة فلا تصح المضاربة به، لعدم کونه من الدرهم و الدینار.

---

(۱) الوسائل باب ۵ من ابواب المضاربة- حدیث ۱.

]...[

۳- ان یکون معلوما قدرا و وصفا، و لا تکفی المشاهدة، للنهی عن الغرر «۱».

و عن الشیخ و المختلف انه یصح مع الجهالة، و تجوز المضاربة بالجزاف من غیر تقیید بالمشاهدة. و احتج له فی محکی المختلف بالاصل، و قوله علیه السلام: المؤمنون عند شروطهم «۲» و لا أثر لاقتضاء هذه الجهالة التنازع، بعد ان کان القول قول العامل شرعا فی قدر الواصل، لان الاصل عدم وصول الزائد الیه.

و فی الجواهر: و التحقیق ان لم یکن ثمّ اجماع عدم قدح الجهالة التی تؤول الی العلم، نحو ان یقع العقد علی ما فی الکیس مثلا ثمّ یعدّانه بعد ذلک، لاطلاق الادلة او عمومها. نعم، بناء علی عدم عموم او اطلاق مستند الیه فی مثل ذلک، فلا ریب فی ان الاصل الفساد. اما الجهالة التی لا تؤول الی العلم، فالظاهر عدم جوازها، لعدم امکان تحقق الربح معها، و هو روح هذه المعاملة، انتهی.

و لکن: یرد علی ما افاده المصنف ره- بعد تصحیحه بارادة العمومات و الاطلاقات من الاصل، و الاغماض عن التمسک بدلیل الشرط- انه لا- بدّ من تقیید الاطلاق، و تخصیص العام بما دل علی النهی عن الغرر، المنجبر ضعفه بالعمل و الاستناد فی کثیر من الابواب کالاجارة و غیرها. و دعوی ان النسبة بینه و بین ادلة المقام عموم من وجه فلا وجه لتقدیمه، مندفعة بانه من قبیل الحاکم علی الاطلاقات لا معارض، مع انه لو سلم التعارض فالترجیح للنص بفتوی المشهور التی هی اول المرجحات. و لیس مدرک اعتبار العلم اداء الجهالة الی التنازع، حتی یقال لا أثر لاقتضاء هذه الجهالة التنازع، بل هو لزوم الغرر مع الجهالة.

---

(۱) التذکرة ج ۱ ص ۴۶۶.

(۲) الوسائل باب ۳ من ابواب المهور کتاب النکاح حدیث ۴.

]...[

و یرد علی صاحب الجواهر انه ان صح التمسک بدلیل النهی عن الغرر، کان مقتضاه البطلان و ان آلت الی العلم، لان الغرر أوجب البطلان، و العلم المتأخر لا یوجب انقلاب العقد الباطل صحیحا، و الّا صح العقد حتی مع الجهالة التی لا تؤول الی العلم، لامکان تحقق الربح بان یتجر کل مرة ببعض المال المعیّن حین التجارة او بجمیعه، بعد رفع الجهالة بالنسبة الی العامل خاصة.

۴- ان یکون معیّنا، فلو احضر مالین و قال: قارضتک بأحدهما أو بایّهما شئت، لم ینعقد بذلک قراض، بلا خلاف بل علیه الاجماع فی بعض الکلمات.

و الحق ان یقال: ان العقد ان وقع علی المردّد و لو فی الواقع لم یصح، لان المردّد من حیث هو مردّد لا حقیقة له و لا تحقق فی الخارج.

و ان وقع علی المعیّن الواقعی المردّد عندهما، فان کان مع الاختلاف فی الصفات بطل للغرر، و ان کان مع التساوی فیها فلا وجه للبطلان الا الاجماع ان ثبت.

و ان وقع علی احد امور بنحو الکلی فی المعیّن صح مع التساوی فی الصفات لو لا الاجماع، لإطلاق الادلة و عدم المانع، و کذا ان وقع علی احد امور بنحو التخییر.

و ان وقع العقد علی ما یختاره العامل مع التساوی فی الصفات، فقد استدل فی الجواهر لبطلانه بلزوم موقوفیة العقد مع التخییر الی حال وقوعه، و لیس فی الأدلة حتی الاطلاقات ما یدلّ علی مشروعیة ذلک، بل لعل الادلة قاضیة بخلافه ضرورة ظهورها فی سببیة العقد و عدم تأخر آثارها عنها، و جعل الخیار کاشفا عن مورد العقد من أول الامر لا دلیل علیه، لکونه مخالفا للاصل، انتهی.

و فیه: ان المضاربة المنشأة ان کانت بنحو یکون المنشأ من حین العقد، فهو الدلیل علی کون الخیار کاشفا عن مورد العقد من اول الامر، و ان کانت بنحو یکون المنشأ بعد الخیار، فالموقوفیة المشار الیها لا تنافی سببیة العقد بل هی لازمها. فالعمدة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۸۲

]...[

فی هذا الشرط ایضا هو الاجماع ان کان.

عدم اعتبار کون رأس المال بید العامل

و قد ذکروا اعتبار امرین آخرین فی مال القراض:

احدهما: ما قاله المصنف ره فی القواعد: الرابع- ان یکون مسلّماً فی ید العامل، فلو شرط المالک ان تکون یده علیه لم یصح، اما لو شرط ان یکون مشارکا فی الید او یراجعه فی التصرف او یراجع مشرفه فالاقرب الجواز، انتهی. و حاصله اعتبار کون رأس المال بید العامل، و استدل له بان عدمه خلاف وضع المضاربة.

و یرده ما افاده المحقق الثانی ره، قال: ان ارید انه خلاف مقتضی وضع المضاربة شرعا فهو ممنوع، و ان ارید عادة فهو لا یقدح.

و لذا قال فی العروة- تبعا للتذکرة-: لکن لا دلیل علیه، فلا مانع ان یتصدّی العامل للمعاملة مع کون المال بید المالک.

الثانی: ان لا یکون رأس المال بمقدار یعجز العامل عن التجارة به مع اشتراط المباشرة، او کان عاجزا حتی مع الاستعانة بالغیر، و الّا فلا یصح، لان المضاربة متقومة بالمال و العمل.

و قد یقال: ان کان المال کثیراً لا یقدر علی التجارة بجمیعه، و یتمکن من التجارة ببعضه، تصح المضاربة بالنسبة الی المقدور، و یستحق العامل حصته من الربح کما فی الاجارة.

و فیه: انه اذا لم یصح العقد بالنسبة الی المجموع لم یصح فی البعض، لان نسبة العقد الی کل جزء من المجموع کنسبته الی الاجزاء الأخر، حیث لا ترجیح لبعضها

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۸۳

و الشرکة فی الربع،

علی بعض فلا بد من البناء علی البطلان فی الجمیع.

و یترتب علیه ان تمام الربح للمالک، و للعامل اجرة عمله علم بالبطلان ام لا، لقاعدة ما یضمن بصحیحة یضمن بفاسده، و لما مر من ان من اسباب الضمان الامر بالعمل لا مجانا.

و هل یکون العامل ضامنا للمال اذا تلف مطلقا، ام لا یکون ضامنا کذلک، ام یفصل بین ما لو أخذ الجمیع دفعة فالاول، و بین ما اذا أخذ اولًا بقدر مقدوره ثمّ أخذ الزائد و لم یمزجه بما أخذه أولا فیضمن خصوص المقدار الزائد؟ وجوه و اقوال، اظهرها الثانی، لقاعدة ما لا یضمن بصحیحة لا یضمن بفاسده، و قد مر نظیر المسألة فی کتاب الاجارة، فراجع ما ذکرناه فیه.

اعتبار الشرکة فی الربح

الامر الثالث: فی الربح

، و المعروف بینهم انه یعتبر فی صحة المضاربة الشرکة فی الربح، فلو شرط احدهما شیئاً معینا و الباقی بینهما فسد.

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۹، ص: ۲۸۳

و استدل له فی الشرائع بعدم الوثوق بحصول الزیادة، فلا تتحقق الشرکة.

و فی الحدائق بانه مقتضی المضاربة کما تنادی به الاخبار الحاکمة بان الربح بینهما، و ما لم یکن مشترکا فانه خارج عن مقتضاها، فهذا الشرط داخل فی مفهوم المضاربة.

و فی الجواهر بالشک فی شمول الاطلاقات له، و لو لظهورها فی اعتبار الشرکة الاشاعیة فی جمیع الربح.

اما ما افاده المحقق ره، فیرده اولًا: انه یتصور صورة یوثق فیها بالزیادة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۸۴

[...]

و ثانیا: ان عدم الوثوق بالزیادة کعدم الوثوق باصل الربح لا یمنع عن الصحة.

و أما ما افاده العلمان، فان کان نظرهما الی الاستدلال بالنصوص الخاصة کمصحح اسحاق بن عمار عن ابی الحسن علیه السلام عن مال المضاربة، قال علیه السلام: الربح بینهما و الوضیعة علی المال «۱» و نحوه غیره، الدالة علی انه فی المضاربة الاشتراک فی جمیع الربح، تم الاستدلال. لکن التعبیر فی کلام الاول بان هذا الشرط داخل فی مفهوم المضاربة، و فی کلام الثانی بالشک فی شمول الاطلاقات له، غیر جید، و الا فالاشکال علیهما ظاهر.

و یتفرع علی ذلک البطلان فی صور:

منها: ان یجعل لاحدهما شیئاً معیناً، فانه باطل اتفاقا.

و منها: ان یقول: خذها قراضا و الربح لی، و وجه الفساد فی هذه الصورة ظاهر مما قدمناه. و هل یکون فی هذه الصورة بضاعة، بمعنی ان العامل لا یستحق علی عمله اجرة کما هو المقرر فی البضاعة، ام یکون قراضا باطلا؟ و المشهور بینهم هو الثانی، للتصریح به، و لان البضاعة توکیل فی التجارة تبرعا و هذا لیس ظاهراً فیه، فانه ظاهر فی کون الربح للمالک لا ان عمله المحترم المستوفی بالأمر به هدر و مجانی. و علیه فیستحق اجرة المثل لعمله، لعدم ظهور الکلام فی المجانیة، بل قد مر ان الامر بالعمل لا مجانا بنفسه موجب للضمان. فما عن المصنف ره فی المختلف: و الوجه عندی انه لا أجرة للعامل، لانه دخل علی ذلک فکان متبرعا بالعمل، غیر وجیه.

و منها: ما لو قال: خذها قراضاً و الربح کله لک، و قد ظهر من ما ذکرناه بطلانه

(۱) الوسائل باب ۳ من کتاب المضاربة- حدیث ۵.

]...[

مضاربة. و هل یصح قرضا؟ فیه کلام قد مر فی اول هذا الفصل.

و الاصحاب ذکروا شرطین آخرین فی الربح:

احدهما: تعیین حصة کل منهما من نصف او ثلث او نحو ذلک، ان لم یکن هناک متعارف ینصرف الیه الاطلاق، و الظاهر عدم الخلاف فی اعتباره. و وجهه علی تقدیر الابهام ظاهر، فان المبهم لا تحقق له فی الخارج. و اما علی تقدیر التعیین و لو بعدا، بنحو لا یعلمه العامل حین العقد أو و لا المالک، فلا وجه له سوی الاجماع و التسالم، و لا سبیل الی التمسک بما دل علی النهی عن الغرر «۱» فان اصل الربح فی المقام غیر معلوم الحصول و کذا قدره، فالجهل بحصة منه لا یضر.

و قد وقع الخلاف بینهم فی موارد:

منها: ما لو قال: خذه علی النصف، فحکم جمع بصحته، و تنظّر فیه فی المسالک، و لعل الاول اظهر، لظهور العبارة المذکورة فی کون الربح بینهما نصفین، و مثله ما لو قال: خذه علی ان الربح بیننا.

و منها: ما لو قال: خذه علی ان لک النصف، و الظاهر هو الصحة فیه ایضا، اذ المالک لا یفتقر الی تعیین حصته للتبعیة، و انما یفتقر الیه العامل و قد ذکر له النصف.

و منها: ما لو قال: خذه علی ان لی النصف، فالظاهر هو البطلان، لانه لم یعین للعامل حصة، و الفرق بینه و بین المورد السابق ظاهر، فانه فی المورد السابق عیّن حصة العامل و الباقی لا محالة یکون للمالک للتبعیة، و اما فی هذا المورد فقد عیّن حصة المالک و لم یعیّن حصة العامل مع انها تفتقر الی التعیین. و یمکن ان یقال فی الموردین: بان ظاهر هذه العبارة- ای تعیین حصة لاحدهما- کون الباقی للآخر، و علیه فیصح فی

(۱) التذکرة ج ۱ ص ۴۶۶.

]...[

الموردین.

ثانیهما: کون الربح بین المالک و العامل. فلو شرطا جزءاً منه لاجنبی، فان کان الاجنبی عن المعاملة- بمعنی من لم یفوّض الیه امر

التجارة- عاملا صح الشرط، لانه حينئذ يكون بمنزلة العامل المتعدد، و ان لم يصدق عليه العامل بحسب الاصطلاح، و هو من فوّض اليه امر التجارة.

و ان لم يكن عاملا فسد بلا خلاف، و لم يستبعد فى العروة القول بالصحة لعموم الادلة، و ذكره وجهاً آخر فى الشرائع بعد حكمه بالفساد، و فى المسالك: قيل انه اذا شرط للاجنبى يصح الشرط و ان لم يعمل، لعموم: المؤمنون عند شروطهم «۱» و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۲». و قيل ان المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل رجوعا الى اصله، لئلا يخالف مقتضى العقد، انتهى.

و لكن مقتضى النصوص الخاصة المتقدم بعضها ان من احكام المضاربة كون الربح بينهما، و عليه فشرط كون بعضه لغيرهما شرط مخالف للمشروع فيفسد. و حينئذ فلا يبعد القول بصحة المضاربة و كون المشروط للمالك و عدم بطلان العقد، اذ لا شىء يتوهم كونه مدركا للبطلان سوى انه مع بطلان الشرط يكون حصة كل منهما غير معلومة، و دلالة النصوص الخاصة عليه. و هما غير تامين، اما الاول فلانّ حصة العامل معلومة، و ما شرط للاجنبى لفساد الشرط يرجع الى اصله، فيكون للمالك فلا جهل بها. و اما الثانى فلأنها لا تدل على انه يعتبر فى المضاربة جعل الربح لهما، بل تدل على ان من آثار المضاربة كون الربح بينهما، و فى المقام بعد بطلان الشرط يكون الربح بينهما.

---

(۱) الوسائل باب ۲۰ من ابواب المهور كتاب النكاح حديث ۴.

(۲) المائدة آية ۲.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۹، ص: ۲۸۷

و للعامل ما شرطه له،

فالاظهر بطلان الشرط و صحة المضاربة.

قال فى التذكرة- على ما حكى-: انه يعتبر ان يكون الاسترباح بالتجارة، و اما اذا كان بغيرها كان يدفع اليه ليصرفه فى الزراعة و يكون الربح بينهما لم يصح. و علّله بان هذه الاعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها، فاستغنى عن القراض فيها، و انما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستئجار عليه، و هو التجارة التى لا يمكن ضبطها و لا معرفة قدر العمل فيها.

و لكنه لا يصلح للمنع لو كان لدليل المضاربة اطلاق شامل للفرض، فالعمدة فى اعتبار ذلك انه لا إطلاق لادلة المضاربة شامل للدفع لغير التجارة. و دعوى ان عمومات امضاء العقود كافية فى الحكم بالصحة، مندفعة بانها مخصصة بما دلّ على النهى عن الغرر اللازم فى الفرض، للجهل بحصول الزرع و مقداره كما لا يخفى. فالظاهر اعتبار ذلك.

الربح بين المالك و العامل

الامر الرابع: فى الاحكام

اشارة

، و فيه مسائل.

[الربح بين المالك و العامل]

الاولى: و للعامل ما شرط له فى هذه المعاملة، ان نصفا فنصف و ان ثلثا فثلث، كما هو المشهور بين الاصحاب. و عن المفيد و الشيخ

فی النهایهٔ و سلار و ابن البراج ان له اجرهٔ المثل و الربح بتمامه للمالک.

و مرجع هذا الخلاف الی ان عقد المضاربهٔ هل یکون مشروعا ام لا؟ و القول المشهور مبنی علی الاول، و الثانی علی الثانی.

و الاول اظهر، للنصوص الخاصهٔ الدالهٔ علی ذلک، لاحظ صحیح

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۸۸

و لو وقعت فاسدهٔ فله اجرهٔ المثل و الربح لصاحب المال، و لیست لازمهٔ.

محمـد بن قیس عن مولانا الباقر علیه السـلام عن امیر المؤمنین علیه السـلام: من اتجر مالًا و اشترط نصف الربـح فلیس علیه ضـمان، و قال: من ضـمن تاجرا فلیس له الا رأس ماله، و لیس له من الربح شـیء «۱» و مثله موثقهٔ «۲». و موثق اسـحاق بن عمار عن ابی الحسن علیه السلام عن مال المضاربهٔ، قال علیه السلام: الربح بینهما و الوضیعهٔ علی المال «۳» و نحوه غیره من النصوص الکثیرهٔ.

و اسـتدل للثانی بان النماء تابع للاصل بالاصالـهٔ، فیکون الربح للمالک. و بان هذه المعاملهٔ معاملهٔ فاسدهٔ لجهالهٔ العوض، فتبطل فیکون الربح لصاحب المال، و علیه اجرهٔ المثل للعامل.

و فیه: ان جمیع ما ذکر و ان کانت موافقهٔ للقواعد، و لکنها مندفعهٔ بالنصوص الخاصهٔ المعتبرهٔ المعمول بها بین الاصـحاب، فلا اشکال فی الحکم اصلا.

هـذا علی تقـدیر صـحهٔ المعاملـهٔ، و اما لو وقعت فاسـدهٔ، فله اجرهٔ المثل و الربـح لصاحب المال، اما کون الربـح لصاحب المال فلتبعیهٔ النماء للاصل، و اما کون اجرهٔ المثل للعامل فلقاعدهٔ ما یضمن، و لما مر من ان الامر بالعمل لا مجانا موجب للضمان.

الثانیهٔ:

المضاربهٔ جائزهٔ من الطرفین

اشارهٔ

و لیست لازمهٔ اجماعا، و به یخرج عن اصالهٔ اللزوم. و فی الحدائق: و یؤیده انه وکالهٔ فی الابتداء، ثمّ قد یصیر شرکهٔ بعد العمل، و کل من الوکالـهٔ و الشـرکهٔ من العقود الجـائزهٔ. و کیف کـان، فیجوز لکـل منهمـا فسـخها، سواء کـان قبل الشـروع فی العمل او بعـده، قبل حصول الربح او بعده، نض

---

(۱) اورد صدره فی الوسائل باب ۳ من ابواب کتاب المضاربهٔ- حدیث ۲ و ذیله فی باب ۴ منها.

(۲) الوسائل باب ۳ من ابواب المضاربهٔ حدیث ۴.

(۳) الوسائل باب ۳ من ابواب المضاربهٔ حدیث ۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۸۹

و یقتصر علی المأذون،

المال او کان به عروض.

لکن ذکر واحـد انه ان کان الفاسـخ هو العامل و لم یظهر ربح فلا شـیء له، و ان کان هو المالک ضـمن للعامل اجرهٔ المثل الی ذلک

الوقت.

و قیل: انه لا شیء له و ان فسخ المالک، لاقدامه علیه مع معرفته جواز العقد و امکان فسخه قبل ظهور الربح بل و بعده، مع تحقق الوضیعهٔ المستغرقهٔ له لکونه وقایهٔ لرأس المال.

و عن التذکرهٔ انه یستحق اجرهٔ المثل و ان فسخ العامل. و هذا هو الاظهر، لما مر من ان العمل لا مجانا محترم لا یذهب هدرا اذا کان بامر المالک، و الاقدام مع العلم بجواز العقد غیر الاقدام علی التبرع، و النافی للضمان هو الثانی دون الاول.

و قد تقدم الکلام فی اشتراط الاجل و عدم الفسخ مفصلا فی الامر الاول فلا نعید.

[فروع]

شرط المالک علی العامل لازم بقی فی المقام فروع:

۱- اذا اشترط المالک علی العامل شراء الجنس الخاص، او الشراء من شخص معین، او ان لا یسافر و ما شاکل، یجب علیه العمل بالشرط و یقتصر علی المأذون، لعموم ما دل علی وجوب الوفاء بالشرط «۱» و لتقیید الاذن فی التصرف فی ماله، فمقتضی قاعدهٔ السلطنهٔ عدم التصرف غیر المأذون.

(۱) الوسائل باب ۶ من ابواب الخیار کتاب التجارهٔ.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۹۰

[...]

و لکن لو خالف و ربح یکون الربح بینهما، و ذلک لجملهٔ من النصوص الخاصهٔ، لاحظ صحیح محمد بن مسلم عن احدهما علیهما السلام عن الرجل یعطی المال مضاربهٔ، و ینهی ان یخرج به فخرج، قال علیه السلام: یضمن المال، و الربح بینهما «۱».

و صحیح الحلبی عن الامام الصادق علیه السلام، انه قال فی الرجل یعطی الرجل المال فیقول له: ائت ارض کذا و کذا و لا تجاوزها و اشتر منها، قال علیه السلام: فان جاوزها و هلک المال فهو ضامن، و ان اشتری متاعا فوضع فیه فهو علیه، و ان ربح فهو بینهما «۲».

و خبر ابی بصیر عنه علیه السلام فی الرجل یعطی الرجل المال مضاربهٔ و ینهاه ان یخرج الی ارض اخری فعصاه، فقال: هو له ضامن، و الربح بینهما اذا خالف شرطه و عصاه «۳».

و موثق جمیل عنه علیه السلام فی رجل دفع الی رجل مالًا یشتری به ضربا من المتاع مضاربهٔ، فذهب فاشتری به غیر الذی امره به، قال علیه السلام: هو ضامن، و الربح بینهما علی ما شرط «۴» و قال المحقق الاردبیلی ره: ان هذه الروایهٔ أصح الروایات التی فی هذا الباب، مع ان فی سندها معاویهٔ بن حکیم، فیستکشف من ذلک ان نظره موافق مع ما قاله النجاشی من انه ثقهٔ جلیل، الی غیر تلکم من النصوص الکثیرهٔ.

و مقتضی اطلاقها عدم الفرق بین اخذ الشرط قیدا، و بین کونه من قبیل

(۱) الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب المضاربهٔ- حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب المضاربهٔ حدیث ۲.

(۳) الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب المضاربهٔ حدیث ۱۰.

(۴) الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب المضاربهٔ حدیث ۹.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۹۱

و لو اطلق تصرف کیف شاء مع اعتبار المصلحهٔ، و یضمن لو خالف. و تبطل بالموت.

الالتزام فی الالتزام، و عدم انطباقها حینئذ علی القواعد، فانها فی صورهٔ القیدیهٔ تقتضی کون تمام الربح للمالک، و کذا فی صورهٔ الالتزام فی الالتزام، لو فسخ المالک العقد و لیس علیه اجرهٔ المثل للعامل حینئذ، لعدم کون العمل بامره، بل المفروض کونه مع نهیه لا- یضر بعد کون الروایات معتبرهٔ و الاصحاب عملوا بها، و کم من قاعدهٔ یقید اطلاقها بالنص الخاص. و لا یصغی الی ما ارتکبه المحقق الاردبیلی ره من الاحتمالات البعیدهٔ و التمحلات غیر السدیدهٔ، و لا إلی ما ذکره بعض محشی العروهٔ من امکان تطبیقها علی القواعد.

۲- و لو اطلق المالک و لم یشترط شیئا تصرف العامل کیف شاء مع اعتبار المصلحهٔ، اما تصرفه کیف شاء فهو للاذن المطلق فی عقد المضاربهٔ، و اما اعتبار المصلحهٔ فلکونه من قبیل الشرط الضمنی.

۳- و لو اشترط علیه یضمن لو خالف بلا خلاف، للنصوص المتقدمهٔ.

۴- لا خلاف و لا کلام فی انه یبطل عقد المضاربهٔ بالموت من غیر فرق بین موت المالک او العامل.

اما الاول فقد استدل لبطلان العقد بموته بانتقال المال بموته الی وارثه، فإبقاؤه یحتاج الی عقد جدید بشرائطه.

و فیه: انه ان ارید بذلک انه لیس للمالک فی حال حیاته التصرف فی ماله بعد موته، فیرد علیه اولا: انه یختص بما زاد علی الثلث.

و ثانیا: ان الحق ان له ان یتصرف فی ماله بعد موته بازید من الثلث ایضا بمثل البیع بثمن المثل.

و ان ارید به ان مناط جواز تصرف العامل هو الاذن و ینقطع بالموت، ففیه: ان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۹۲

]...[

حدوث الاذن سیما العقدی منه کاف فیه، و لذا لو وکله ثمّ سها عن توکیله بالمرهٔ بحیث لم یبق فی خزانهٔ نفسه نفذ تصرفه علیه، مع ان له ان یقول: انت مأذون فی التصرف فی مالی فی حیاتی و بعد مماتی، غایهٔ الأمر أن یدخل فی عنوان الوصیهٔ بالنسبهٔ الی ما بعد الموت. فالعمدهٔ فی الحکم بالبطلان الاجماع ان تمّ، و ما قیل من انصراف العقد الی حال حیاته فی الغالب.

و أما الثانی فقد استدل لبطلانه بموته باختصاص الاذن به. و یمکن ان یقال: ان عقد المضاربهٔ اذا اوجب حقا للعامل فی التصرف فی المال، فما دل علی ان ما ترکه المیت فلوارثه «۱» یدل علی انتقال هذا الحق کحق الشفعهٔ و غیره الی الوارث، اللهم الا ان یقال: ان ذلک متوقف علی ثبوت کونه من قبیل الحق القابل للانتقال و لم یثبت، و الذی یسهل الخطب ان المسألهٔ اجماعیهٔ، کما ان ظاهر الاصحاب التسالم علی بطلان العقود الجائزهٔ مطلقا بالموت او الجنون او الاغماء، أو نحو ذلک مما یوجب بطلان الاذن من المالک.

و هل یجوز لوارث المالک اجازهٔ العقد بعد موته ام لا؟ ربما یقال بالثانی، نظرا الی ان المال حال العقد غیر مربوط بالوارث، فالعقد غیر واقع علی ماله حتی یأذن فیه و یجیزه.

و اورد علیه بانه یکفی فی صحهٔ الاجازهٔ کون المال فی معرض الانتقال الیه، و ان لم یکن له علقهٔ به حال العقد، و مرجع اجازته حینئذ الی ابقاء ما فعله المورث، و هذا بظاهره بیّن الضعف.

و یمکن ان یقال: ان المقام من قبیل اجازهٔ البیع الواقع من غیر المالک ثمّ ملک

---

(۱) النساء آیة ۱۱ و ۱۲ اصول الکافی ج ۱ ص ۴۰۶.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۹۳

و یشترط العلم بمقدار المال. و یملک العامل حصته من النماء بالظهور،

حال الاجازة، فکما ان هناک یقال ان للعقد بقاء و المالک باجازته ایاه ینسبه الی نفسه، کذلک یقال فی المقام ان للعقد بقاء ما دام بقاء المال فیجیز الوارث المالک ذلک العقد، و مجرد انه فی هذه المسألة یکون العقد صحیحا حدوثا بخلافه فی تلک المسألة، لا یصلح فارقا بعد عدم کون المجاز هو حدوث العقد بل بقائه.

فان قیل: لو تمّ ذلک لزم التقیید بما اذا کان المال نقدا، فانه بالاجازة یتحقق فرد آخر من المضاربة، فیعتبر فیه ذلک.

قلنا: ان مدرک اعتبار کون مال القراض نقدا هو الاجماع، و المتیقن منه غیر الفرض.

۵- و قد مر انه یشترط العلم بمقدار المال.

یملک العامل حصته من النماء بالظهور

اشارة

الثالثة: و المشهور بین الاصحاب شهرة عظیمة انه یملک العامل حصة من النماء بالظهور ملکا متزلزلا، و لا یتوقف ذلک علی وجوده ناضا.

و عن الفخر عن والده ره ان فی المسألة اقوالا اربعة، و لکنه لم یذکر القائل و احتمل ان یکون من العامة:

۱- ما هو المشهور.

۲- انه یملک بالانضاض.

۳- انه یملک بالقسمة.

۴- ان القسمة کاشفة عن الملک سابقا.

و الاول اظهر، لانه جعل الربح لهما، فالربح من اول تحققه یکون مشترکا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۹۴

[...]

بینهما. و لانه مملوک و لیس للمالک، فیکون للعامل. و لإطلاق النصوص بان العامل یملک ما شرط من الربح، و هو متحقق قبل الانضاض و قبل القسمة. و لصحیح محمد بن قیس عن الإمام الصادق علیه السلام عن رجل دفع الی رجل ألف درهم مضاربة فاشتری اباه و هو لا یعلم، قال علیه السلام: یقوّم، فان زاد درهماً واحداً اعتق و استسعی فی مال الرجل «۱» اذ لو لم یکن مالکاً لحصة من الربح بمجرد ظهوره لم ینعتق علیه ابوه فی الصورة المفروضة فی الخبر.

و استدل للثانی بانه قبل الانضاض غیر موجود خارجی بل مقدر موهوم، و المملوک لا بدّ و ان یکون محقق الوجود.

و اورد علیه تارة بما عن جامع المقاصد و المسالک و غیرهما بالنقض بملک الدین مع انه معدوم، و اخری بمنع کونه امراً وهمیاً کما فی العروة.

و لکن الصحیح ان یقال: ان الربح لا- یراد به المالیة المحضة التی هی امر انتزاعی ناش من الرغبة فی العین، و الّا لم یتمّ شیء من الایرادین، بل المراد به مقدار من العین الموجودة علی حسب الحصة من المالیة، و به یندفع الاشکال رأسا، و کون المراد من الربح ذلک هو المرتکز فی اذهان اهل العرف کما یظهر لمن راجع، و یشهد به ان له مطالبة القسمة.

و استدل للثالث بانه لو ملک قبل القسمة لاختص بربحه، و بانه یلزم ان یکون النقصان الحادث بعد ذلک شایعا فی المال کسائر الاموال المشترکة، و التالی باطل لانحصاره فی الربح.

و لکن یرد علی الوجه الثانی انه لا ملازمة بین الملک و ضمان الحادث

---

(١) الوسائل باب ٨- من ابواب المضاربة.

[...]

علی الشیاع، و یجوز ان یکون مالکاً بالملک المتزلزل و یکون استقراره مشروطا بالسلامة، فلا- منافاة بین الملک و کون ما یملک وقایة لرأس المال. و یرد ما قبله انه لا منافاة بین ملک الحصة و عدم ملک ربحها بسبب تزلزل الملک، و ایضا لو اختص بربح نصیبه لزم استحقاقه من الربح اکثر مما شرط له، فکان هذا مشروط فی ضمن العقد.

و استدل للرابع بان القسمة لیست من الاسباب المملکة، و المقتضی للملک انما هو العمل، و هی دالة علی تمام العمل الموجب للملک. و مما قدمناه ظهر ضعف ذلک.

فالاظهر ما علیه المشهور، و یترتب علیه جمیع آثار الملکیة من جواز المطالبة بالقسمة، و صحة تصرفاته فیه من البیع و الصلح و نحوهما، و تعلق الخمس و الزکاة، و حصول الاستطاعة للحج، و تعلق حق الغرماء به، و غیر تلکم من الآثار.

الربح وقایة لرأس المال

و کیف کان فلا خلاف و لا إشکال فی ان ملکیة العامل حصته بمجرد الربح انما تکون متزلزلة، فلو عرض بعد ذلک خسران او تلف یجبر به الی ان تستقر ملکیته، لان معنی الربح هو الفاضل عن رأس المال فی زمن ذلک العقد، فاذا لم یفضل شیء فلا شیء، و هو محل وفاق کما فی المسالک.

و هذا واضح بالنسبة الی الخسارة الواردة علی مال المضاربة. و اما بالنسبة الی التلف، فتفصیل القول فیه انه اما ان یکون بعد الدوران فی التجارة، او بعد الشروع فیها، او قبله، ثمّ اما ان یکون بآفة سماویة، او باتلاف متلف علی وجه الضمان، و ایضا قد یتلف البعض و قد یتلف جمیع المال.

فان کان التلف بعد الدوران فی التجارة لا بإتلاف متلف، فالظاهر جبره

[...]

بالربح، کما هو المشهور بین الاصحاب بل لا خلاف فیه، و عن السید العمیدی دعوی الاجماع علیه. و یقتضیه وضع المضاربة، فانه علی ان الربح وقایة لرأس المال، فلا یستحق العامل ربحا الا بعد ان یبقی رأس المال بکماله لدخوله علی ذلک، من غیر فرق بین تلف

البعض او الجميع.

و ان كان التلف باتلاف متلف، فقد ادعى الاجماع على الجبر ايضا. و استدل له بان الربح وقاية لرأس المال، فما دام المال لا يكون موجودا بكماله فلا ربح. و يمكن ان يقال- كما قيل-: انه اذا اتلفه متلف يضمنه و يكون المال فى ذمته، فهو حينئذ بمنزلة الموجود فلا حاجة الى جبره، و ايضا فانه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل بتجارته، و قال فى محكى جامع المقاصد بعد نقل ذلك: و ضعفه ظاهر، و فى الجواهر: لا ينبغى ان يصغى اليه، و على التقديرين لا كلام فى انه لو فرض حصول العوض من جملة المال.

و ما ذكرناه بالنسبة الى التلف بعد الدوران فى التجارة يجرى فى التلف بعد الشروع فى التجارة و ان كان التالف الجميع، كما اذا اشترى فى الذمة باذن المالك ثمّ تلف المال و نقد عنه الثمن، لان المقتضى لكون المال مال قراض هو العقد- كما نصّ عليه فى المسالك و الجواهر تبعا لجامع المقاصد- فلا يصغى الى ما قيل من ان التلف قبل الدوران فى التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض، فلا وجه لتردد المحقق ره فى الشرائع فيه، و كذا ان كان التلف قبل الشروع فى التجارة مع كون البعض تالفا. و اما ان كان التالف هو الجميع، فالظاهر انفساخ العقد، لعدم بقاء مال التجارة معه حتى يجبر. نعم، اذا اتلفه اجنبى و أدّى عوضه او اتلفه العامل تكون المضاربة باقية.

هذا كله فى بيان حكم حصة العامل ما لم تستقر الملكية. و اما ما تستقر به الملكية، فلا اشكال فى حصوله بعد الانضاض و الفسخ و القسمة، لانتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٢٩٧

]...[

انما الكلام فيما لو قسم الربح مع عدم الفسخ، او قسم الجميع كذلك او فسخ العقد و لم يقسم، او تحقق الفسخ و القسمة و لم يحصل الانضاض.

و التحقيق ان يقال: ان القسمة حيث تكون خارجة عن عمل المضاربة، و تكون كسائر ما يميز به المشتركات، و لا يجب الانضاض، فالظاهر استقرار الملكية بالفسخ فقط، و به يخرج الربح عن كونه وقاية لرأس المال، و اولى منه ما لو انضم اليه الانضاض او القسمة، و بعبارة اخرى: انه بالفسخ يرتفع العقد و به يرتفع حكم القراض، فلا موجب لبقائه على كونه وقاية.

و استدل لبقاء ذلك و عدم الاستقرار مع عدم القسمة بالاستصحاب. و بظاهر قوله: على اليد ما اخذت حتى تؤدى «١». و بصدق مال القراض، فتشمله الادلة الدالة على ان و ضيعته من الربح. و بان تسليم رأس المال الى المالك من تتمة المضاربة، و الا لزم عدم كون الخسران من الربح، فيما لو نض المال اجمع فى بلد عمل العامل الذى سافر اليه و فسخ عقد المضاربة، ثمّ تلف بعض المال قبل الوصول الى المالك، و هو مناف لظاهر الأدلة.

و لكن الجميع كما ترى، اذ الاستصحاب لا يجرى بعد ارتفاع العقد الموجب، لتبدل عنوان المال من كونه مال قراض الى عنوان آخر، مع انه تقديرى. و عموم على اليد لا يشمل الامانات، و منها المال المفروض بعد خروجه عن كونه قراضا. و صدق مال القراض ممنوع بعد ارتفاع العقد بالفسخ. و الالتزام بكون الخسران من اصل المال لا من الربح فى الفرض المذكور لا مانع منه. و على الجملة بعد كون الفسخ رافعا لعقد القراض، لا وجه لبقاء احكامها المخالفة للقواعد و الادلة الاولية.

---

(١) كنز العمال ج ۵ ص ٢۵٧- سنن البيهقى ج ۶ ص ٩٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٢٩٨

]...[

و بما ذکرناه ظهر انه لو حصل الانضاض و القسمة و لم یحصل الفسخ، فاللازم اجراء احکام المضاربة من جبر الخسران بالربح و غیره من احکامها.

و عن الشهید قده ان قسمة الربح موجبة لاستقراره، و عدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها.

و علّله فی الجواهر بان ذلک من المالک فسخ المضاربة فیما یخصه من رأس المال، لانه برضاه اخرجه عن المضاربة حتی الذی قبضه العامل، فیستقر حینئذ ملکهما علی ما خص ذلک من الربح لانفساخ المضاربة، انتهی.

و فیه: ان ما یأخذه العامل من الربح لا من رأس المال، و العقد واقع علی رأس المال، فلا حاصل لدعوی انه اخرجه المالک عن رأس المال.

و لو ظهر الربح و نض تمامه او بعض منه، فطلب احدهما قسمته، فان رضی الآخر فلا مانع منها، و ان لم یرض و امتنع عنها، فعن القواعد و جامع المقاصد لم یجبر الآخر علیها. و عن جماعة انه لا یجبر الآخر ان کان هو المالک، و اما ان کان الممتنع هو العامل فیجبر علیها. و ظاهر المسالک و الجواهر و غیرهما ان عدم جبر المالک الممتنع عن القسمة اتفاقی.

و عللوا عدم الجبر فی الموردین بلزوم الضرر، قالوا: لو کان الممتنع هو المالک لزم من جبره الضرر علیه، لاحتمال الخسران بعد ذلک و الحاجة الی جبره به، و فیما کان الممتنع هو العامل یلزم من جبره تضرره، لانه لو حصل الخسران وجب علیه ردّ ما اخذه، و لعله لا یقدر بعد ذلک علیه لفواته فی یده و هو ضرر علیه.

و یرد علی ما افادوه فی الفرض الاول ان احتمال الضرر باحتمال الخسران غیر مطرد. و یرد علی ما افادوه فی الفرض الثانی انه لا یعدّ ضررا، کما افاده صاحب الجواهر.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۲۹۹

و لا خسران علیه بدون التفریط،

و قد مر فی الفصل المتقدم فی مبحث القسمة ما یظهر به حکم المقام، و ان ما ذکروه من عدم جبر الممتنع کان هو المالک او العامل هو الصحیح.

[العامل امین لا خسران علیه بدون التفریط]

الرابعة: لا خلاف و لا اشکال فی ان العامل امین، ف لا خسران علیه بدون التفریط بترک الحفظ، أو التعدی بان خالف ما أمره به أو نهاه عنه کما لو سافر مع نهیه عنه او اشتری ما نهی عن شرائه، او الخیانة بان أکل بعض مال المضاربة او اشتری شیئا لنفسه فأدّی الثمن من ذلک.

و الحکمان اجماعیان و یشهد بهما- مضافا الی ذلک، و إلی انهما من مقتضیات قواعد باب الضمان- النصوص الخاصة، کصحیح الحلبی عن الامام الصادق علیه السلام فی المال الذی یعمل به مضاربة له من الربح و لیس علیه من الوضیعة شیء، الا ان یخالف امر صاحب المال «۱».

و موثق جمیل عنه علیه السلام فی رجل دفع الی رجل مالًا یشتری به ضربا من المتاع مضاربة، فذهب فاشتری به غیر الذی أمره به، قال علیه السلام: هو ضامن، و الربح بینهما علی ما شرط «۲» و نحوهما غیرهما من النصوص الکثیرة المتقدمة جملة منها.

فروع التنازع

الخامسة: فی جملة من فروع التنازع. فقد یدعی شخص علی آخر انه اعطاه

(۱) الوسائل باب ۱ من ابواب كتاب المضاربة حدیث ۷.

(۲) الوسائل باب ۱ من ابواب كتاب المضاربة حدیث ۹.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۰۰

و القول قوله فی عدمه، و فی قدر رأس المال، و التلف، و الخسران و قول المالك فی عدم الرد

كـذا مقدارا مضاربة و ینكر الآخر ذلك، و قد یتفقان علی اعطاء مقدار من المال مضاربة و لكن یتنازعان فی مقدار رأس المال، و قد یتفقان فی ذلك و لكن العامل یـدعی التلف أو الخسـران و المالك ینكره، و قـد لا یكون النزاع بینهما الا فی رد رأس المال و العامل یدعیه.

قال المصنف: (و القول قوله فی عدمه، و فی قدر رأس المال، و التلف، و الخسران. و قول المالك فی عدم الرد).

اما لو تنازعا فی اصل اعطاء المال مضاربـة و عـدمه، فكون القول قول منكره واضـح، لاصالـة عـدمه، و كـذا لو تنازعا فی مقدار رأس المال، اذ لو كان المال موجودا تجری اصالة عدم اعطائه ازید مما یقوله، و لو كان تالفاً مع ضمان العامل تجری اصالة براءة ذمته.

و دعوی ان ذلك یتم اذا كان مصب الدعوی زیادة مال القراض و نقصانه، و اما اذا كان مصب الدعوی العقد و ادعی المالك انه وقع علی العشـرة مثلا و العامل ادعی انه وقع علی الخمسـة فالمتجه هو التحالف، لان العقـد المتشـخص بالخمسة غیر المتشـخص بالعشـرة، فكل منهما مدع و مدعی علیه فیتحالفان،

مندفعـة، بان الغرض من هـذه الـدعوی حیث لا یكون الا اثبات الزیادة او عـدمها، فالمالك الذی یدعی الزیادة یعدّ فی العرف مدعیاً، لانـه لاـ غرض له الاـ اثبـات كون مال القراض هو الازیـد، و العامل منكراً لانه لا غرض له سوی نفی الزیادة. مع انه یمكن ان یقال: ان وقوع العقـد علی الاقل معلوم و لو فی ضـمن الاكثر، و وقوعه علی الاكثر غیر معلوم و الاصل عـدم وقوعه علیه، فیكون مدعیه مدعیا و العامل منكراً، فیقدم قوله بیمینه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۰۱

و لو اشتری العامل اباه عتق نصیبه من الربح فیه، وسعی الاب فی الباقی. و ینفق العامل من الاصل فی السفر

و أما لو ادعی العامل التلف أو الخسـران و انكره المالك، فوجه تقـدیم قوله بیمینه انه امین، و عـدم تصـدیقه فی دعوی التلف یندرج تحت عنـوان اتهـام المـؤتمن، و قـد ورد انه لیس لـك ان تتهم من ائتمنته «۱». و دعوی اختصـاص الاتهـام الممنوع بالمؤتمن بالتأمین العقـدی و هی الودیعـة، ممنوعـة، لعـدم الـدلیل مع صـدق الائتمان، سـیما بعد قوله علیه اسلام: صاحب الودیعة و البضاعة مؤتمنان، و صاحب العاریة مؤتمن «۲».

و أما لو ادعی العامل ردّ مال المضاربة و انكره المالك، فالمشـهور بین الاصحاب ان القول قول المالك، و عن الشیخ فی المبسوط انه یقبـل قول العامل، و قـد مرّ الكلام فی ذلك مفصـلا فی كتاب الاجارة، و مما ذكرناه فی التنازع فی التلف یظهر حكم المقام. فالاظهر ان القول قول العامل.

ثمّ ان فی المقام فروعا اخر للتنازع، حیث تقدم نظائرها او عینها فی الاجارة فلا نطیل الكلام بذكرها.

[لو اشتری العامل اباه]

السادسهٔ: و لو اشتری العامل اباه عتق نصیبه من الربح فیه، وسعی الأب فی الباقی بلا خلاف، و یشهد به الصحیح المتقدم.

نفقهٔ العامل المسافر علی رب المال

السابعهٔ: و ینفق العامل من الاصل فی حال السفر کمال نفقته من مأکل

---

(۱) الوسائل باب ۹ من ابواب کتاب الودیعهٔ حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب العاریهٔ- حدیث ۶.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۰۲

قدر کفایته

و مشرب و ملبس و مسکن، و نحو تلکم مما هو داخل فی النفقهٔ قدر کفایته، کما هو المشهور بین الاصحاب، و عن التذکرهٔ نسبته الی علمائنا، و عن الخلاف الاجماع علیه.

و فی المسألهٔ قولان آخران و ان لم یحضرنی الآن القائل:

احدهما: انه لا یخرج من اصل المال الا ما زاد علی نفقهٔ الحضر.

الثانی: ان نفقهٔ السفر کلها علی العامل کنفقهٔ الحضر.

و الاول اظهر، لصحیح علی بن جعفر عن اخیه علیه السلام فی المضارب ما انفق فی سفره فهو من جمیع المال، و اذا قدم بلده فما انفق فمن نصیبه «۱» و نحوه خبر السکونی «۲».

و استدل للثانی بالاجماع علی ان نفقهٔ الحضر علی نفسه، فما ساواه فی السفر یحتسب ایضاً علیه، و الزائد علی ذلک من مال القراض.

و بانه انما حصل بالسفر الزیادهٔ لا غیر، اما غیرها فسواء کان مسافرا ام حاضرا لا بدّ منه، فلا یکون من مال القراض.

و استدل للثالث بان الربح مال المالک، و الاصل ان لا یتصرف فیه الا بما دلّ علیه الاذن، و لم یدلّ إلّا علی الحصهٔ التی عینها للعامل، و هو لم یدخل فی العمل إلا علی هذا الوجه فلا یستحق سواه.

و لکن جمیع ذلک من قبیل الاجتهاد فی مقابل النص، مع ما فیها من الاشکال، فالقول المشهور هو المنصور. و تمام الکلام فی ضمن فروع:

۱- المراد من السفر العرفی لا الشرعی و هو ما یجب فیه القصر، فیشمل

---

(۱) الوسائل- باب ۶ من ابواب کتاب المضاربهٔ- حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۶ من ابواب کتاب المضاربهٔ حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۰۳

[...]

السفر فرسخین او ثلاثهٔ، و ما لو اقام فی بلد عشرهٔ ایام، لان ما دلّ علی تحدید السفر الموجب للقصر، لا یدل علی ان غیره لیس من السفر حتی بالنسبهٔ الی سائر الاحکام، و مقتضی اطلاق الخبرین ثبوت الحکم فی کل ما یعدّ سفرا.

٢- الظاهر من الخبرين- سيما بضميمة مناسبة الحكم و الموضوع- ان الواجب الاقتصار من السفر على ما يحتاج اليه فى التجارة، او مما يتعلق بها، كما لو اقام زيادة عما يحتاج اليه فيها لخوف طريق مثلا او حبس ظالم او نحو ذلك مما يتعلق بالتجارة، فلو اقام للراحة او للتفرج او لتحصيل مال له او لغير مال القراض، فانه لا يستحق عن تلك المدة شيئاً من مال القراض للنفقة، كما صرح بذلك كله المصنف ره. و ما فى المسالك من التخصيص بما يحتاج اليه فى التجارة، فى غير محله.

٣- ان المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول و ملبوس و مشروب و ما شاكل- و سيجىء ضابطها فى كتاب النكاح فى مبحث النفقات- و ليس منها جوائزه و عطاياه و ضيافاته و مصانعاته، الا اذا كانت التجارة متوقفة عليها، و يراعى فيها كغيرها من النفقات ما يليق بحاله. فلو اسرف حسب عليه، و لو قتر هل يحتسب له ام لا؟ وجهان مبنيان على ان المأخوذ فى لسان الدليل النفقة أو مقدارها، فعلى الاول لا يحسب، و على الثانى يحسب له، و حيث ان ظاهر الخبرين هو الاول فلا يحسب له.

٤- لو اشترط كون النفقة على العامل لا تخرج من المال قضاء للشرط، و لو اشترط كونها على المالك كان تأكيداً. فعلى الاول لا بدّ من ضبطها على وجه يخرج الشرط عن الجهالة، و لا- كذلك على الثانى، لانها ثابتة باصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالاصل. و ان شئت قلت: ان غاية ما يلزم من جهالته بطلان الشرط و هو لا يبطل العقد، و المفروض انه مع بطلان الشرط ايضاً تكون النفقة على المالك، فلا مانع من الجهالة فيه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٣٠۴

]...[

۵- الظاهر من النص و الفتوى ان النفقة من مال القراض و ان لم يحصل ربح، انما الكلام فى انه لو حصل ربح، هل تؤخذ منه مقدمة على حق العامل، ام تخرج من اصل المال؟.

قال فى محكى التذكرة: و القدر المأخوذ فى النفقة يحسب من الربح، و ان لم يكن هناك ربح فهو خسران لحق المال، و نحوه ما فى المسالك. و هو الظاهر، فان غاية ما يدل عليه الخبر ان كون نفقة السفر من المال، و اذا انضم الى ذلك ما دل على ان حصة العامل انما هى من الربح، و هو انما يصدق على ما يبقى بعد جبر جميع ما حدث على المال من اول تسلمه الى انتهاء المضاربة، كانت النتيجة هو تقديمها على حصة العامل.

۶- استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه، فلو سافر الى غيره فلا نفقة، بل دلت النصوص على انه يضمن المال، و تكون الخسارة الواردة عليه على المال و منها ما انفقه على نفسه، لاحظ صحيح الحلبى عن الامام الصادق عليه السلام فى الرجل يعطى المال، فيقول: له ائت ارض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها، قال عليه السلام: فان جاوزها و هلك المال فهو ضامن، و ان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه، و ان ربح فهو بينهما «١» و نحوه غيره.

٧- المشهور بين الاصحاب انه لا يجوز للعامل ان يسافر من دون اذن المالك الا اذا كان هناك متعارف، و عن جامع المقاصد نسبته الى علمائنا، و عللوه بان فيه تغريرا بالمال، و هو كما ترى.

٨- لو كان لنفسه مال غير مال القراض و كان السفر لهما، فالظاهر- كما

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة حديث- ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٣٠۵

و لا يطأ جارية القراض من دون اذن و الاطلاق يقتضى الشراء بعين المال،

صرح به فی الشرائع و غیرها- التوزیع. و هل هو علی نسبة المالین او العملین؟ وجهان، اجودهما الاول، لان استحقاق النفقة فی مال المضاربة منوط بالمال لا العمل، کما فی المسالک تبعا لجامع المقاصد.

۹- لو سافر بمال المضاربة، فاتفق عزله فی السفر و انتزاع المال منه، کانت نفقة الرجوع علیه، لانه انما یستحق النفقة ما دام کونه مضاربا، فبارتفاع العقد یرتفع سبب الاستحقاق. و دعوی انه یرجع بما انفقه علی المالک لقاعدة الغرور، مندفعة بانه لا غرور بعد دخوله علی العقد الجائز الذی هو معرض ذلک.

۱۰- اذا مرض فی السفر، فان کان لا عمل له فی المال معه تکون نفقته ایام مرضه علیه، و ان کان لا یمنعه من العمل بالمال فهی علی المالک. و هل الدواء من النفقة؟ وجهان، یأتی ما هو الحق عندنا فی مبحث النفقات.

السابعة: و لا یطأ جاریة القراض من دون اذن و هو واضح.

حکم الشراء فی الذمة

الثامنة: قالوا: و الاطلاق یقتضی الشراء بعین المال لا فی الذمة.

و استدلوا له تارة بانه المفهوم او المتیقن منه، و اخری بانه اذا اشتری بکلی فی الذمة لا یصدق علی الربح انه ربح مال المضاربة، و ثالثة بان فی الشراء فی الذمة تغریرا بمال المالک و جعله فی معرض التلف، و رابعة بان الشراء فی الذمة قد یؤدی الی وجوب دفع غیره، کما اذا تلف رأس المال قبل الوفاء و لعل المالک غیر راض بذلک.

و هذه کلها کما تری.

و الحق ان یقال: انه بعد ما تعارف فی المعاملات الشراء بالذمة علی وجه الحلول،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۰۶

و بثمن المثل

لا ینبغی الاشکال فی جوازه کذلک و الدفع من رأس المال. و اما الشراء بها علی وجه التأجیل، فان کان فیه الغبطة و الفائدة جاز، لان الغرض الاقصی من القرض تحصیل الفائدة و الربح، و لذا یجب ان یکون تصرف العامل مقصورا علی ما یحصل به هذه الغایة الذاتیة. نعم، اذا لم یکن فیه الغبطة و الفائدة لم یجز لما ذکرناه و یمکن ارادة الاصحاب المنع عن هذا بالخصوص.

ثمّ ان الشراء فی الذمة یتصور علی وجوه:

۱- ان یشتری فی ذمة المالک.

۲- ان یشتری فی ذمة نفسه لکن بما انه عامل، و مرجعه الی الاول، و الحکم فی الصورتین ظاهر.

۳- ان یقصد ذمة نفسه و کان قصده الشراء لنفسه، و لم یکن من نیته الوفاء من مال القراض ثمّ دفع منه، لا إشکال فی صحة الشراء، و کون الربح لنفسه، و الاداء من مال القراض ان کان بنیة الاستقراض و کان مأذوناً فی ذلک فلا اشکال ایضا، و الا فهو غاصب بالنسبة الیه.

۴- ان یقصد ذمة نفسه مع قصده دفع الثمن من مال المضاربة، فالظاهر انه علی فرض صحة الشراء حکم هذه الصورة حکم ما قبلها، و اما الصحة فقد مر الکلام فیها تحت عنوان عام،- و هو ان اشتری فی ذمته مع قصد الاداء من المال الحرام- فی کتاب البیع.

۵- ان یقصد الشراء فی ذمته من غیر التفات الی نفسه و المالک، و الظاهر- کما افاده صاحب الجواهر ره و غیره- انه یتعلق الثمن بذمته ظاهرا و واقعا، و یکون الربح له کما لو نوی نفسه. فما عن الریاض من الوقوع للمالک فی هذه الصورة، ضعیف.

التاسعة: و

اطلاق العقد یقتضی الشراء بثمن المثل

کما هو المشهور،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۰۷

و لو فسخ المالک المضاربة

فلا یجوز له ان یبیع باقل من ثمن المثل، کما لا یجوز له ان یشتری بازید من ثمن المثل، و یظهر وجهه مما ذکرناه فی المسألة السابقة.

و به یظهر ان ما افاده سید الریاض من جعل المدار علی حصول المصلحة مع الاطلاق، و ان کان فرضها فی نحو البیع بدون ثمن المثل نادرا، متین. و قریب منه فی الحدائق.

و قیده صاحب الجواهر ره بما اذا کان متعارفا، اما اذا کان نادرا فلا یدخل فی الاطلاق، لانصرافه الی المتعارف. و فیه: ما ذکرناه مرارا من ان الانصراف الناشئ عن التعارف و کثرة الوجود لا عبرة به.

للعامل اجرة المثل اذا فسخ المالک المضاربة

العاشرة: و لو فسخ المالک المضاربة. فاما ان یکون قبل الشروع فی التجارة، او فی مقدماتها، او بعده قبل ظهور الربح، او بعده فی الاثناء، او بعد اتمام التجارة قبل القسمة، او بعدها. فالکلام فی فروع:

۱- ان کان الفسخ قبل الشروع فی العمل و فی مقدماته، فلا اشکال و لا کلام فی انه لا شیء له و لا علیه.

۲- ان کان ذلک من اتمام العمل و بعد القسمة، فاذا کان حصل الربح یقتسمانه، و الا فلا شیء للعامل و لا علیه، حصلت خسارة او لم یحصل الربح و لا ـ الخسارة. فما یظهر من اطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح، غیر تام، لان وضع المضاربة علی عدم استحقاق العامل لشیء سوی الربح، فکان ذلک شرط ضمنی فی عقدها، و به یخرج عما دل علی احترام عمل المسلم، و انه لا یذهب هدرا ان کان عن امر.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۰۸

فللعامل اجرته الی ذلک الوقت

۳- اذا کان الفسخ فی الاثناء قبل حصول الربح، ف فی المتن للعامل اجرته الی ذلک الوقت و مقتضی اطلاقه کإطلاق ما فی الشرائع ثبوت اجرة المثل لما عمل.

و استدل له بان عمله محترم صدر باذن المالک، لا علی وجه التبرع بل فی مقابلة الحصة، و قد فاتت بفسخ المالک قبل ظهور الربح، فیستحق اجرة المثل الی حین الفسخ.

و فیه: ان الامر بالعمل انما هو علی الحصة من الربح علی تقدیر وجوده، و لو لم یوجد فلا شیء له، و حیث ان للمالک الفسخ متی شاء، فکان اقدامهما علی ان لا یکون له شیء الا مع بقاء العقد و حصول الربح و بدون ذلک لا شیء له، و مع الاقدام علی ذلک لا وجه للضمان.

۴- اذا کان الفسخ بعد حصول الربح فی الاثناء أخذ العامل حصته منه و ان قل، کان ذلک بعد الانضاض او قبله، اتفاقا فی الاول کما فی المسالک، و وجهه ظاهر مما قدمناه.

و مما ذکرناه ظهر حکم ما لو فسخ العامل، و انه انما یستحق من الربح حصته ان ظهر و لا یستحق اجرة المثل فی شیء من الموارد، کما یظهر حکم ما لو حصل الانفساخ بموت أو جنون و ما شاکل.

و قد وقع الکلام فی صورة الفسخ أو الانفساخ فی احکام، و هی: وجوب الانضاض اذا کان بالمال عروض، و وجوب الجبایة علیه اذا کان به دیون علی الناس، و وجوب الرد علی المالک.

اما الاول فغایة ما قیل فی وجه وجوبه علی العامل اذا طلبه المالک، ان قوله

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۰۹

[...]

صلّی اللّه علیه و آله: علی الید ما اخذت حتی تؤدی «۱» یدل علیه، لانه اخذه نقداً فیجب ردّه الیه کذلک، و ایضا ان التغیر حدث فی المال بفعله فیجب رده الی ما کان.

و فیه: اولا: ان الحدیث متضمن للضمان الخارج منه المقام، فکان الاولی الاستدلال له بما دل علی وجوب ردّ الامانة.

و ثانیا: ان مال المالک حیث کان التغیر حادثا باذنه حال الفسخ هو العروض، و هو الذی یجب ادائه لا النقد الذی اخذه.

و أما ما فی المسالک- تبعا لجامع المقاصد- من الاستدلال له فیما اذا کان الفسخ بعد ظهور الربح، بان استحقاقه الربح و ان کان ثابتا بظهوره الا ان استقراره مشروط بالانضاض، فیحتمل عروض ما یقتضی سقوطه، فدفعه ما تقدم من عدم توقف استقراره علیه، و ان شئت قلت: ان توقف الاستقرار علی الانضاض فرع وجوبه، فاثبات الوجوب بالاستقرار دور واضح. فالاظهر عدم وجوب الانضاض مطلقا، و لا فرق فی ذلک بین کون الطالب له هو المالک او العامل.

و أما الثانی: ففی المسالک: و قد اطلق المصنف و جماعة وجوب جبایته علی العامل، لاقتضاء المضاربة ردّ رأس المال علی صفته و الدیون لا تجری مجری المال، و لان الدین ملک ناقص و الذی اخذه کان ملکا تاما فلیؤده کما اخذه، لظاهر: علی الید ما اخذت حتی تؤدی، انتهی.

و لکن الحدیث قد عرفت اشکاله، و الادانة حیث تکون باذن المالک توجب عدم کون ردّ رأس المال علی صفته واجباً، و مع الشک تکفی اصالة البراءة عن الوجوب. فالاظهر عدم وجوبه ایضاً.

(۱) سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۰.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۱۰

الفصل السابع: فی الودیعة، و هی عقد

و أما الثالث، فالکلام فیه سیأتی فی الودیعة، فان المال بعد الفسخ امانة فی ید العامل کما مر، فیلحقه حکم الامانة، و التمسک لوجوبه بحدیث علی الید قد عرفت ما فیه.

الفصل السابع: فی الودیعة

اشارة

و حقیقتها الاستنابة فی الحفظ، و هی الامانة بالمعنی الاخص. و عرّفها فی التذکرة بانها عقد یفید الاستنابة فی الحفظ، و الظاهر ان

مراده بالعقد اللفظ او الفعل الذی ینشأ به ذلک. و حیث عرفت ان العقد بنفسه من مقولة المعنی، کما عرفت ان اسامی المعاملات کلها اسام للاعتبارات النفسانیة علی ما مر فی کتاب البیع، فما فی الشرائع و المتن أولی، قال فی الشرائع: العقد و هو استنابة فی الحفظ، و فی المتن:

و هی عقد و الامر سهل. و الاصل فی شرعیتها الکتاب، و السنة، و الاجماع.

قال اللّه تعالی: إِنَّ اللّهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِهٰا «۱».

و قال عز شانه: فَلْیُؤَدِّ الَّذِی اؤْتُمِنَ أَمٰانَتَهُ وَ لْیَتَّقِ اللّهَ رَبَّهُ «۲».

و أما السنة فالاخبار بذلک بالغة حد التواتر، لاحظ:

خبر الحسین الشبانی عن الامام الصادق علیه السلام، قال قلت له: رجل من موالیک یستحل من مال بنی امیة و دمائهم، و انه وقع لهم عنده ودیعة، فقال علیه السلام: ادّوا الامانة الی اهلها و ان کانوا مجوسا «۳».

---

(۱) سورة النساء آیة ۵۸.

(۲) سورة البقرة آیة ۲۸۳.

(۳) الوسائل- باب ۲ من ابواب الودیعة حدیث- ۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۱۱

[...]

و خبر محمد بن مسلم عنه علیه السلام: قال امیر المؤمنین علیه السلام: ادّوا الامانات و لو إلی قاتل ولد الانبیاء «۱».

و خبر عمر بن ابی حفص عنه علیه السلام: اتقوا اللّه، و علیکم باداء الامانة الی من ائتمنکم، فلو ان قاتل علی بن ابی طالب ائتمننی علی امانة لادّیتها الیه «۲».

و خبر عمار بن مروان عنه علیه السلام: اعلم ان ضارب علی علیه السلام بالسیف و قاتله، لو ائتمننی علی سیف و استنصحنی و استشارنی ثمّ قبلت ذلک منه، لادیت الیه الامانة «۳» الی غیر تلکم من الأخبار الآتی طرف منها فی ضمن المباحث الآتیة.

و أما الاجماع فقد نقله جمع من الاساطین منهم المصنف ره، قال فی محکی التذکرة: و قد اجمع المسلمون کافة علی جوازها، و تواترت الاخبار بذلک.

و فی الحدائق: و یؤکد ذلک دلالة العقل و النقل علی قضاء حاجة المؤمن و ادخال السرور علیه مع عدم المانع، کما لو لم یثق من نفسه بالحفظ لبعض الاسباب المتوقف علیها ذلک، انتهی.

و بذلک یظهر ان قبول الودیعة مستحب، بل عن التذکرة بعد التصریح بالاستحباب: و لو لم یکن هناک غیره، فالاقوی انه یجب علیه القبول، لانه من المصالح العامة، و بالجملة فان القبول واجب علی الکفایة، ثمّ استثنی ما اذا تضمن القبول ضررا فی نفسه أو ماله او علی احد من اخوانه المؤمنین، و نفی فی الحدائق البأس عما ذکره. و لکن الوجوب الکفائی یتوقف علی توقف حفظ المال علی الاستیداع،

---

(۱) الوسائل باب ۲ من ابواب الودیعة حدیث ۶.

(۲) الوسائل باب ۲ من ابواب الودیعة حدیث ۲.

(۳) الوسائل باب ۲ من ابواب الودیعة حدیث ۸.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۱۲

[...]

و وجوب حفظ مال الغیر عن التلف، و لا دلیل علی الثانی، بل ظاهر ما ذكروه فی اللقطة عدم وجوب الحفظ، و اللّه العالم.

ثمّ انه لا كلام فی انها من العقود لا من الایقاعات و تحتاج الی القبول، و یشیر الیه خبر عمار المتقدم. و مما ذكرناه فی البیع و الاجارة و غیرهما یظهر انها كسائر العقود تحتاج الی الانشاء، و لا یكتفی بمجرد الاعتبار النفسانی، و لكن ما ینشأ به لا یعتبر ان یكون لفظا، بل یصح الانشاء بالفعل و بالقول و الفعل معا، بان یكون الایجاب بالقول و القبول بالفعل. و لا یعتبر فیما ینشأ به العربیة، و لا الماضویة، و لا تقدم الایجاب علی القبول، و لا الصراحة، و لا الحقیقة. كما انه قد ظهر مما قدمناه اعتبار كون المتعاقدین بالغین عاقلین مختارین.

و فی المقام فرعان:

۱- قال فی الشرائع: و لو طرح الودیعة عنده لم یلزم حفظها اذا لم یقبلها. و هو ظاهر، فانه مع عدم تحقق القبول لا تتحقق الودیعة، فلو تركها حینئذ و ذهبت لم یكن علیه ضمان.

و فی المسالك: و لكن یأثم ان كان ذهابها بعد ما غاب المالك، لوجوب الحفظ من باب المعاونة علی البر و اعانة المحتاج، فیكون واجبا علی الكفایة.

و فیه: ان المعاونة علی البر حسنة و لیست بواجبة، و كذا اعانة المحتاج، مع ان ذلك لیس منها.

و تفصیل القول فی المقام: ان طرح الودیعة تارة یكون بعنوان الاستنابة فی الحفظ و یكون فعله ذلك مقرونا بما یوجب ظهوره فی كونه فعلا ینشأ به تلك، و اخری لا یكون بهذا العنوان.

فعلی الاول ان قبلها من طرحت عنده قولا او فعلا تحققت الودیعة، و یترتب

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۱۳

[...]

علیها احكامها من وجوب الحفظ و عدم الضمان بدون التقصیر. و ان لم یقبلها كان حكمها ما تقدم.

و علی الثانی تكون تلك حینئذ امانة مالكیة. توضیح ذلك: ان الامانة مالكیة و شرعیة، و الامانة المالكیة علی قسمین: الامانة الحاصلة بالتأمین العقدی كالودیعة، و الامانة الحاصلة بالتأمین بالتسلیط علی ماله برضاه و هی الامانة بالمعنی الاعم، و بهذا المعنی اطلقت الامانة علی العین المستأجرة و المرهونة و المضارب بها و ما شاكل. و الامانة الشرعیة فیما كان التسلیط علی المال بحكم الشارع، كما فی تسلیط الولیّ علی مال القاصر، و كالتسلیط علی مجهول المالك و ما شاكل.

و لیعلم ان الامانة المالكیة بالمعنی الاعم انما تتحقق بالتسلیط علی المال عن الرضا من دون توقف علی شیء آخر، كما یستفاد مما ورد فی الابواب المتفرقة من العاریة و المضاربة و الودیعة و نحوها، لاحظ صحیح الحلبی عن الامام الصادق علیه السلام: صاحب الودیعة و البضاعة مؤتمنان، و قال: لیس علی مستعیر عاریة ضمان، و صاحب العاریة و الودیعة مؤتمن «۱» و نحوه غیره من النصوص الكثیرة.

فانه لیس فی شیء من هذه الموارد سوی التسلیط علی المال عن الرضا، فیستكشف من ذلك ان كل تسلیط عن الرضا ایتمان، و یترتب علیه عدم الضمان و غیره مما یكون مترتبا علی المؤتمن. و علی هذا ففی المقام لو طرح المال عنده فان لم یضع یده علیه فلا شیء علیه، و ان اثبت یده علیه فلا ضمان علیه لو تلف عن غیر تقصیر.

و هل یجب علیه حفظه حینئذ كما فی المسالك، قال: و الید توجب الحفظ الی ان

(۱) الوسائل باب ۱ من ابواب العاریة حدیث ۶.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۱۴

[...]

ترده علی مالکه، لعموم علی الید ما اخذت حتی تؤدی «۱» ام لا یجب علیه الحفظ؟ وجهان، اظهرهما الثانی، فان الدلیل انما دل علی وجوب الحفظ فی الامانهٔ بالمعنی الاخص، و اما فی الامانهٔ بالمعنی الاعم الحاصلهٔ من التسلیط عن رضاه التی لیس مقتضاها الا کون استیلائه عن رضا المالک، فلا دلیل علی وجوب الحفظ. و اما الحفظ من حیث انه مال محترم فلا یجب اصلا، و لذا لا یجب التقاطه بل یکره. و التمسک بحدیث علی الید غریب، فان الحدیث فی الضمان و لا یدل علی وجوب الرد تکلیفاً، مع ان ید الأمین خارجهٔ عن تحت الحدیث. فالاظهر عدم وجوب الحفظ علیه.

و یترتب علی ذلک انه لو ترک الحفظ و تلف لا یکون ضامنا، اذ لو لم یکن الحفظ واجبا لم یکن ترکه تفریطا، و إلی ما ذکرناه یشیر خبر اسحاق عن جعفر عن ابیه علیهما السلام: ان علیا علیه السلام کان یقول: لا ضمان علی صاحب الحمام فیما ذهب من الثیاب، لانه انما اخذ الجعل علی الحمام و لم یأخذ علی الثیاب «۲» فانه مع استیلاء الحمامی علی الثیاب یدل علی انه لو کان أخذ الجعل علی الثوب کان مکلفا بحفظه، فترک التحفظ علیه تفریط فیکون ضامنا و حاله حینئذ حال الودیعهٔ بخلاف ما اذا لم یکن حفظ الثوب بعهدته، فانه لا یجب علیه الحفظ، فترکه التحفظ لیس تفریطا فلا یکون ضامنا.

۲- لو اکره علی قبضها لم تصر ودیعهٔ، لعموم حدیث رفع ما استکرهوا علیه «۳» فلا یجب علیه حفظها. و فی المسالک: لکن یجب تقییده بما اذا لم یضع یده علیها بعد

(۱) سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۰.

(۲) الوسائل- باب ۲۸- من ابواب الاجارهٔ حدیث ۳.

(۳) الوسائل باب ۵۶ من ابواب جهاد النفس.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۱۵

جائز من الطرفین

زوال الاکراه مختاراً، فانه حینئذ یجب علیه الحفظ بالید الجدیدهٔ، و ان لم یجب بالاکراه.

و فیه: ان وضع یده علیها بعد زوال الاکراه ان کان بعنوان قبول الودیعهٔ، او کان حین ما اکره قبل الودیعهٔ و کان ذلک منه رضا به، و کان المالک انشأ الودیعهٔ قولًا او فعلا، وجب علیه الحفظ و الا فلا، و ان کان المال عنده امانهٔ مالکیهٔ کما مر.

الودیعهٔ عقد جائز

و کیف کان، فلا خلاف بینهم فی ان الودیعهٔ عقد جائز من الطرفین. و فی الجواهر: بل الاجماع بقسمیه علیه، و هو الحجهٔ فی تخصیص الآیهٔ «۱» و غیرها من ادلهٔ اللزوم. و یترتب علیه بطلانه بموت کل منهما او بجنونه و اغمائه، و نحو ذلک مما یخرج به ماله عن ملکه او ولایته علیه، کما هو الشأن فی العقود الجائزهٔ مطلقا علی ما مر فی باب المضاربهٔ، و قد عرفت هناک انه لا یمکن اثبات ذلک بالدلیل، و لکن لتسالم الاصحاب یبنی علیه، فراجع ما ذکرناه.

و لو بطل العقد، فالمال یکون فی ید الودعی امانة شرعیة، کما فی الشرائع و المسالک و الجواهر و غیرها. و استدل له بعدم اذن المالک الصوری، و حصول الاذن من المالک الحقیقی فی الاستیلاء علیه للرد حسبة، و حینئذ یلحقه حکم غیره من الامانات الشرعیة.
و لکن یمکن ان یقال: ان الامانة الشرعیة ملاکها الترخیص فی اثبات الید علی مال الغیر لحفظه أو لایصال المال الی مالکه، کما استفید من ادلة اللقطة و مجهول

---

(۱) سورة المائدة آیة ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۱۶

]...[

المالک و ما شاکل، و لیس مجرد الترخیص الشرعی تأمیناً شرعیا، کما لو اباح الشارع وضع الید علی العین المستأجرة لإباحة المالک ایاه، فانه من باب اباحة ما اباحه المالک لا تأمین من الشارع بل الترخیص الابتدائی منه، کما فی اللقطة تأمین من الشارع.
و علیه ففی المقام غایة ما یثبت بالدلیل وجوب ردّ المال الی صاحبه، و هو وجوب عرضی یتبع حرمة امساکه، فلا ترخیص ابتداء من الشارع فی وضع الید علیه، و لا إیجاب للایصال ابتداء حتی یکون حاله کحال الترخیص الابتدائی، و علیه فلیس هو امانة شرعیة، بل یجب الردّ من باب حرمة امساک مال الغیر.
و علی هذا، فهل یکون ضامنا له لو تلف ام لا؟ یشهد للضمان عموم قاعدة علی الید «۱» فان الخارج عنها ید الأمین، و هو لیس أمیناً علی الفرض.
و استدل لعدم الضمان تارة بعدم شمول القاعدة للمقام، نظرا الی ما عن المحقق النائینی ره، قال: ان الاخذ هو الاستعلاء علی الشیء بالقهر و الغلبة، کما تشهد به موارد استعماله، لاحظ قوله تعالی وَ کَذلِکَ أَخْذُ رَبِّکَ إِذا أَخَذَ الْقُری «۲» و قوله سبحانه و لَأَخَذْنا مِنْهُ بِالْیَمِینِ ثُمَّ لَقَطَعْنا مِنْهُ الْوَتِینَ «۳» و قوله تعالی فَأَخَذْناهُمْ أَخْذَ عَزِیزٍ مُقْتَدِرٍ «۴» و غیر تلکم من موارد استعماله، و علیه فیختص الحدیث بصورة الغصب و لا یشمل امثال المقام.
و اخری بان قاعدة الاحسان تمنع عن الضمان، بدعوی ان وضع یده علی المال

---

(۱) سنن البیهقی ج ۶- ص ۹۰.

(۲) سورة هود آیة ۱۰۲.

(۳) سورة الحاقة آیة ۴۶.

(۴) سورة القمر آیة ۴۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۱۷

]...[

بداعی الایصال الی مالکه احسان الیه و ما عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ «۱» الشامل لکل سبیل دنیوی او اخروی.
و لکن یرد علی الاول ان الاخذ بحسب اللغة معناه تناول الشیء، کان عن قهر و غلبة ام لم یکن، و استعماله فی غیر موارد الأخذ بالغلبة و القهر کثیر، لاحظ قوله تعالی خُذِ الْعَفْوَ «۲» و قوله عز اسمه خُذْ مِنْ أَمْوالِهِمْ صَدَقَةً «۳» و قوله علیه السلام: خذها فانی الیک معتذر، و غیر تلکم من الموارد، فالحدیث یدل علی الضمان فی کل مورد کان مال الغیر تحت الید، و من تلک الموارد المقام.

و یرد علی الثانی ان قاعدة الید تخصص بقاعدة الاحسان کتخصیصها بقاعدة الائتمان الا انها فی موارد التمحض فی الاحسان، کما لو علم من حال المالک رضاه بوضع الید علی ماله لایصاله الیه، فانه لیس هناک تسلیط لیکون امانة مالکیة، لکنه یجوز وضع الید علیه، فوضع الید للایصال احسان محض منه، و مع تلفه قبل وصوله لا ـ ضمان، و اما فی المقام فایصال المال الی صاحبه واجب من حیث حرمة امساکه، فهو حینئذ ترک الاساءة لا من باب انه احسان محض.

فتحصل مما ذکرناه انه یکون ضامنا لو تلف قبل الایصال، الا ان یثبت الاجماع علی عدم الضمان.

---

(١) التوبة آیة ٩٢.

(٢) سورة الاعراف آیة ٢٠٠.

(٣) سورة التوبة آیة ١٠٣.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٣١٨

و یجب حفظها بمجری العادة و لو عین المالک حرزا تعین، فلو خالف ضمن

وجوب الحفظ علی المستودع

و تمام الکلام فی هذا الفصل فی طی مسائل:

الاولی: و یجب حفظها ای الودیعة بمجری العادة، کالثوب فی الصندوق، و الشاة فی المراح، و الدابة فی الاصطبل، او ما یجری مجری تلکم فی الحرز لمثلها فی العادة، کما هو الشأن فی کل ما لا حدّ له شرعا فانه یرجع فیه الی العرف و العادة. و منه المقام فان الودیعة کما مر استنابة فی الحفظ، و لیس لها فی الشرع حدّ فیتعین الرجوع فیها الی العادة. و علی ذلک فلا یهمنا النزاع فی المصادیق، مثل انه هل یجب ان یکون الصندوق محرزا ام یکفی مطلقة، فان الضابط ما ذکرناه، و المیزان هو حفظها بما یحفظ به امواله. و لا فرق فی ذلک بین علم المودع بان المستودع لیس له ما یحفظ فیه الودیعة، أو عدم علمه بذلک.

و الدلیل علی وجوب الحفظ- مضافا الی الاجماع المحقق، و کون ذلک من مقتضیات عقد الودیعة فانها کما مر استنابة فی الحفظ- الآیات و النصوص المتقدمة الدالة علی وجوب ردّ الامانة، فانه لو لا وجوب حفظها لم یجب ادائها، و لو کان یجوز له اهمالها و عدم حفظها کیف یترتب علیها وجوب الاداء. و الاخبار الآتیة الدالة علی الضمان مع ترک الحفظ، اذ لو لم یکن الحفظ واجبا لم یکن وجه للضمان بترکه.

و لو عیّن المالک حرزا تعیّن، لاصالة حرمة التصرف فی مال الغیر بغیر اذنه، فلو خالف ضمن لانه عاد، و قد استثنوا من ذلک موردین: الاول: ما اذا کان النقل الی الأحرز، فقد ادعی الاجماع علی انها فی هذا المورد لو تلفت لا تضمن، و اضاف جمع منهم الیه النقل الی مثله.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٣١٩

الا مع الخوف. و یجب علی الودعی علف الدابة و سقیها، و یرجع به علی المالک.

و التحقیق ان یقال: انه ان فهم من التعیین ان الغرض المعاملی له الاحتفاظ و انما عیّن المحل الخاص من باب المثال، فمع النقل الی الاحرز او المساوی لا ضمان، و الّا فالمتجه هو الضمان.

الثانی: ما ذکره المصنف ره بقوله الا مع الخوف لجواز النقل حینئذ حسبة، بل قالوا انه لو قال المودع: لا تنقلها عن هذا المکان و ان

تلفت فیه، لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقیقی، بل حرم علیه اضاعة المال و اتلافه فی غیر وجهه، و من ذلک النهی عن التبذیر، و عن تمکین السفهاء من الاموال التی جعلها لنا قواما.

فهل یجب النقل حینئذ کما فی المسالک، لان الحفظ واجب علیه و لا یتم الا بالنقل و للنهی عن اضاعة المال، ام لا؟ الظاهر هو الثانی، فان وجوب الحفظ ان کان بمناط وجوب حفظ المال المحترم، فقد مر انه لا وجه لوجوبه، و لذا لا یجب التقاطه بل یکره. و ان کان بمناط وجوب حفظ الودیعة، فالمفروض انه بالنقل یخرج عن الودیعة، فانه قید فیها عدم النقل. و اما النهی عن اضاعة المال، فهو بالنسبة الی المالک، و لا دلیل علی حرمتها علی غیر المالک حتی بترک الحفظ ایاه عن التلف، بل لا یحرم ذلک قطعا. فالاظهر عدم وجوبه، و علیه فحیث یجوز شرعا النقل حسبة، فلا ضمان علیه لو نقلها و تلفت، لقاعدة الاحسان بالتقریب المتقدم.

وجوب سقی الدابة و علفها علی الودعی

الثانیة: و یجب علی الودعی علف الدابة و سقیها و یرجع به علی المالک علی المشهور بین الاصحاب، بل بلا خلاف فی ذلک فی الجملة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۲۰

[...]

و تفصیل القول فی المقام ان هاهنا صورا:

الاولی: ان یأمره المالک بذلک، لا إشکال فی انه یجب علیه کما صرّحوا به، لانه من مقدمات الحفظ المأمور به، و یرجع به علی المالک، و ذلک لان حقیقة الودیعة هی الاستنابة فی الحفظ، فهی و ان کانت بطبعها آبیة عن التعویض- و الا لکانت اجارة علی العمل لا ودیعة- موجبة لتنزیل الودعی منزلة المالک فی حفظها الذی لا عوض لمالکها. و لکن ذلک بالنسبة الی الحفظ نفسه، و اما ما یتوقف علیه الحفظ من مال او عمل فالودیعة بنفسها لا اقتضاء بالنسبة الیه من حیث التعویض، و علیه فاذا کان المالک مستوفیا له بالامر به کان ذلک موجبا للضمان، فیرجع الودعی الیه. و أما قاعدة احترام المال التی استدل بها بعضهم فی المقام للضمان، فقد مر انها بنفسها لیست من موجبات الضمان، و لا توجب الرجوع الی من وصل نفعه الیه.

الثانیة: ان ینهاه عن ذلک، ففی الشرائع و غیرها لم یجز القبول، بل یجب سقیها و علفها.

و استدل له فی المسالک و غیرها بانه حق اللّه تعالی کما انه حق المالک، فلا یسقط حق اللّه تعالی باسقاط المالک حقه. و بان اتلاف المال منهی عنه.

و لکن قد مر ان حفظ الحیوان من التلف لا یکون واجبا علی غیر المالک، و لذا لا یجب التقاط الحیوان اذا خاف علیه التلف، و الحفظ بعد الالتقاط من جهة کونه امانة شرعیة یجب حفظها من التلف، کما ان وجوب الحفظ علی مالکه انما هو من جهة وجوب نفقة المملوک علی مالکه لا من حیث حفظ النفس المحترمة، و المفروض انه لا یجب الحفظ من جهة الودیعة لنهی المالک عنه. و اما حرمة اتلاف المال فقد عرفت انه مختص بالمالک، فحرمة الاتلاف غیر المستلزم للتصرف فی ملک الغیر غیر ثابتة و الاصل عدمها.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۲۱

[...]

فعلی هذا لا یجب علیه سقی الدابة فی هذه الصورة و لا علفها، بل لا یجوز من غیر مراجعة الحاکم، فانه تصرف فی مال الغیر بلا رضاه. و لو سقاها و اعلفها و الحال هذه، لیس له الرجوع بقیمتهما علی المالک، کما ظهر مما ذکرناه فی الصورة الاولی.

الصورة الثالثة: ان یطلق المالک المودع لا- یأمره و لا- ینهاه، و الظاهر فی هذه الصورة وجوب السقی و العلف، لانهما من مقدمات الحفظ المأمور به، بل قد یقال- کما عن التذکرة و غیرها-: ان مقتضی الشرط الضمنی هو ذلک.

و هل یرجع بما بذله فی مقام حفظه الی المالک ام لا-؟ الظاهر ذلک، لا لمجرد وجوب الحفظ فانه لا اقتضاء من حیث المجانیة و عدمها، و لا لحرمة المال المبذول فانها لا توجب الضمان ما لم یکن المالک مستوفیا له بالمباشرة او بوکیله او بأمر أحدهما أو بأمر الحاکم، بل لمفهوم قوله علیه السلام فی صحیح ابی ولاد فی جواب قول السائل: جعلت فداک فقد علفته بدراهم فلی علیه علفه: لا، لانک غاصب «۱» فانه یستفاد منه ان غیر الغاصب له الرجوع بما انفق علی الدابة.

فالمتحصل مما ذکرناه انه مع الاطلاق او الأمر بهما یجب السقی و العلف، و یرجع بما بذله علی المالک.

بقی الکلام فی الضمان مع الاهمال فی حفظ الدابة بترک السقی و العلف، فالظاهر هو ذلک، لا لوجوب الحفظ فانه لا یوجب ترکه إلّا الاثم، و لا من جهة تخلف الشرط الضمنی او الصریح فان ترک الوفاء بالشرط لیس من موجبات الضمان، بل لان ترک الحفظ داخل فی التعدی او التفریط، و سیجیء ان الید معه مضمنة، و النصوص الخاصة دالة علیه ایضا.

---

(۱) الوسائل باب ۷ من کتاب الغصب.

و یضمن المستودع مع التفریط لا بدونه،

ثمّ انه لا یهمّنا البحث فی جواز اخراج الدابة من المنزل و عدمه، لما مر- و مما ذکرناه یظهر حکم ما لو کانت الودیعة غیر الحیوان- کشجر و بناء و نحوهما- و انه مع الاطلاق، او الامر بإنفاق ما یتوقف علیه حفظها، یجب و یرجع بما بذله علی المالک.

ضمان المستودع مع التعدی او التفریط

اشارة

الثالثة: (و یضمن المستودع مع التفریط) بترک التحفظ، أو التعدی بالمخالفة فی کیفیة الحفظ، أو الخیانة بالتصرف فی المال. و الضابط هو التقصیر، و ان حصره بعضهم فی ستة: الانتفاع بها، و الایداع، و التقصیر فی دفع المهلکات، و المخالفة فی کیفیة الحفظ، و التضییع بان یلقیها فی مضیعة، و الجحود. و لا یضمن بدونه، بلا خلاف فیهما بل علیهما الاجماع بقسمیه فی الجواهر.

و یشهد بهما- مضافا الی قواعد باب الضمان کما مر فی الاجارة و المضاربة و غیرهما- النصوص الخاصة المعلقة جملة منها لعدم الضمان علی الائتمان، اما بجعله سببا، او عنوانا لعدم الضمان، لاحظ:

ما رواه المشایخ الثلاثة فی الصحیح و الحسن عن ابی عبد اللّه علیه السلام: صاحب الودیعة و البضاعة مؤتمنان «۱».

و صحیح زرارة- او حسنه- عنه علیه السلام عن ودیعة الذهب و الفضة، فقال علیه السلام: کل ما کان ودیعة و لم تکن مضمونة لا تلزم «۲».

---

(۱) الوسائل باب ۱ من ابواب العاریة حدیث ۶ و باب ۴ من ابواب الودیعة حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۴ من ابواب الودیعة- حدیث ۴.

[...]

و موثق اسحاق بن عمار عن ابی الحسن علیه السلام عن رجل استودع رجلا الف درهم فضاعت، فقال: الرجل کانت عندی ودیعة، و قال الآخر: انما کانت لی علیک قرضا، فقال علیه السلام: المال لازم له، الا ان یقیم البیّنة انها کانت ودیعة «١».

و صحیح محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام عن الرجل یستبضع المال فیهلک او یسرق، أعلی صاحبه ضمان؟ فقال علیه السلام: لیس علیه غرم بعد ان یکون الرجل امینا «٢» و نحوها غیرها.

اضف الی ذلک النصوص الدالة علی الضمان بالتعدی و الاستهلاک فی باب المضاربة و الرهن، بعد معلومیة اشتراک الجمیع فی الحکم المزبور باعتبار کونها امانة. مع انه یدل علی الضمان بالتعدی مکاتبة محمد بن الحسن الی ابی محمد علیه السلام: رجل دفع الی رجل ودیعة فوضعها فی منزل جاره فضاعت، هل یجب علیه اذا خالف امره و اخرجها عن ملکه؟ فوقّع علیه السلام: هو ضامن له ان شاء اللّه «٣».

و علی الجملة، فان المستفاد من مجموع الادلة بعد ضمّ بعضها الی بعض، ان تلف المال عند الودعی لا یوجب الضمان الا مع التقصیر فی الحفظ، الموجب لخروج الید عن کونها یدا امانیة و مأذونة و صیرورتها خیانة.

و قد وقع الخلاف و الکلام فی جملة من الموارد، کترک ما یحفظ به الودیعة مثل نشر الثوب و طیه و تعریضه للهواء، و المسافرة بها، و اخراج الودیعة من الحرز لینتفع بها، و الجحود، و ما شاکل. و حیث انه لا نص فی شیء من الموارد یعتمد علیه، فلا بد فی کل مورد من عرضه علی المیزان المتقدم ثمّ الحکم بالضمان و عدمه، فلا یهمنا البحث فی

---

(١) الوسائل- باب ٧ من ابواب الودیعة حدیث ١.

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب المضاربة حدیث ٨.

(٣) الوسائل باب ۵ من ابواب الودیعة حدیث ١.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٣٢۴

[...]

کل مورد بالخصوص.

نعم، لا بأس ببیان حکم ما لو ضیّع بالنسیان، فالمحکی عن جماعة- منهم المصنف ره فی التحریر و ولده و المحقق الثانی- الضمان.

و استدل له بان الدلیل دلّ علی ان الامین یضمن مع التعدی أو التفریط، و حدیث رفع النسیان «١» لا یصلح رافعا للضمان، لکونه فی مقام الامتنان و لا امتنان علی الامة فی رفعه، و لذا فی سائر موارد الضمان لا یرتفع الضمان مع تحقق السبب نسیانا.

و اورد علیه بان مقتضی اطلاق ما دل علی عدم ضمان الامین العموم، و غایة ما خرج منه العامد الاثم دون غیره، فاطلاق ذلک یقتضی عدم الضمان، و به یرفع الید عن قاعدة علی الید «٢».

و فیه: انه و ان لم یکن دلیل لفظی یدل علی انه فی هذا الباب یکون المتعدی او المفرط ضامنا، و لکن لا ریب فی استفادة ذلک من مجموع ما تقدم، بل یمکن ان یقال انه یستفاد ذلک من نفس ما دل علی انه لا ضمان علی الامین، فان اخذ الامانة عنوانا للموضوع مشعر بذلک، و المضیع و ان کان عن نسیان لیس یده امانیة. فالاظهر هو الضمان.

اعادة الودیعة بعد التفریط

المعروف بین الاصحاب انه اذا اعاد الودیعة بعد التعدی او التفریط الی

---

(۱) الوسائل باب ۵۶ من ابواب جهاد النفس.

(۲) سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۰.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۲۵

و لا یزول الا بالرد الی المالك او الابراء

الحرز، لم یبرأ و لا یزول الضمان.

قال فی محكی التذكرة: اذا صارت الودیعة مضمونة علی المستودع، اما بنقل الودیعة و اخراجها من الحرز، او استعمالها كركوب الدابة و لبس الثوب او بغیرها من اسباب الضمان، ثمّ انه ترك الخیانة و ردّ الودیعة الی مكانها و خلع الثوب، لم یبرأ بذلك عند علمائنا اجمع، و لم یزل عنه الضمان و لم تعد امانة، انتهی.

و التحقیق یقتضی ان یقال: ان الدلیل دل علی عدم ضمان الودعی، خرج عن ذلك ما لو كان متعدیاً او مفرطاً. و علیه فاذا فرط او تعدی ثمّ عاد، یدخل المقام تحت كبری كلیة مذكورة فی الاصول، و هی انه اذا فرض خروج بعض الافراد فی بعض الازمنة عن العموم، فهل فیما بعد ذلك الزمان المخرج بالنسبة الی ذلك الفرد یجری استصحاب حكم الخاص أو یتمسك بالعموم؟ و حیث ان المختار عندنا هو التمسك بالعموم مطلقا، و ان لم یكن لدلیل ذلك العموم عموم ازمانی، و لا یصح الرجوع الی الاستصحاب، فالمتعیّن فی المقام البناء علی ارتفاع الضمان و عدم بقائه، لفرض ان الودیعة لا تنفسخ بالخیانة، بل تلك الودیعة فی حال الخیانة خارجة عن تحت عموم ما دل علی عدم الضمان، فاذا اعادها الودعی فقد دخلت تحت العموم، و لا مجال لاجراء استصحاب بقاء الضمان. و أولی بذلك ما لو جدّد المالك له الاستیمان، بان فسخ العقد السابق ثمّ اودعه جدیدا.

فان قیل: ان المصنف ره ادعی الاجماع علی الضمان، فهو المقید للاطلاق.

قلنا: انه لیس اجماعا تعبدیا، لاستدلالهم له بالاستصحاب.

و علی تقدیر ما بنی علیه القوم من الضمان و الخروج عن كونه ودیعة، فالظاهر انه لا یزول الضمان الّا بالرد الی المالك، و عود الحكم الاول انما هو بتجدید المالك له الودیعة او الابراء، بان یبرأه المالك من الضمان.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۲۶

[...]

و الاول مورد الوفاق. انما الخلاف بینهم فی انه لو لم یردّها و لكن جدّد له المالك الایداع، فظاهر الاكثر انه كالاول، و علّلوه بان الضمان انما كان بحق المالك، و قد رضی بسقوطه باحداثه ما یقتضی الامانة.

و قیل: لا یزول الضمان، و هو ظاهر المتن، و استدل له بظاهر قوله علیه السلام علی الید ما اخذت «۱».

و قال فی المسالك: و یمكن بناء ذلك علی ان الغاصب اذا استودع هل یزول الضمان عنه ام لا؟ فان المستودع هنا قد صار بتعدیة بمنزلته. و المسألة موضع اشكال، اذ لا منافاة بین الودیعة و الضمان كما فی المفروض المذكور، فلا یزول السابق بتجدد ما لا ینافیه، مع عموم قوله علیه السلام علی الید ما اخذت حتی تؤدی، و من انه قد اقام یده مقام یده و جعله وكیلا فی حفظها، و ذلك یقتضی رفع الضمان، الی ان قال: و الاقوی هنا زوال الضمان، لان المستودع نائب عن المالك فی الحفظ فكانت یده كیده، و قبضه لمصلحته، فكان المال فی یده بمنزلة ما كان فی ید المالك، بخلاف الرهن، انتهی.

و فیه: انه اذا فسخ المالک الودیعة الاولی، و جدّد العقد و لم یرجع المال الی یده، و قلنا بصحة الثانی، فلا اشکال فی ارتفاع الضمان، و لا مورد للتمسک بعموم علی الید، لان یده بمقتضی الودیعة الثانیة ید امانیة. اللهم الا ان یقال مبتنیا علی الکبری المتقدمة: ان یده هذه کانت ید ضمان، فبعد ارتفاع العدوان و الخیانة یشک فی بقاء الضمان و دخولها تحت ما دل علی عدم الضمان علی الامین، فیستصحب الضمان، و لکن قد اشرنا الی بطلانها.

و ان لم یفسخ المالک الودیعة الاولی، و قال: اذنت لک فی حفظها أو اودعتکها او

(١) سنن البیهقی ج ۶ ص ٩٠.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٣٢٧

[...]

نحو ذلک، فلا کلام فی عدم انفساخ الاولی و عدم حدوث عقد جدید، فحینئذ ان اراد بذلک البراءة، من الضمان فسیأتی حکمه.

و الا فقد استدل فی المسالک لعدم الضمان تارة بانه لحق المالک و قد رضی بسقوطه باحداثه ما یقتضی الامانة و اخری بان المستودع نائب عن المالک فکان یده کیده.

و فیه: انه لم یحدث ما یقتضی الامانة، و مجرد رضا المالک بسقوطه لا یکفی فی السقوط، و کون ید المستودع کید المالک اول الکلام. و ما افاده من ابتناء ذلک علی مسألة ان الغاصب اذا استودع هل یزول الضمان عنه ام لا، غیر تام، فان المفروض فی المقام عدم فسخ العقد الاول، و معه لا یؤثر الثانی شیئا قطعا.

و أما الثانی- و هو الابراء- فقد جزم المصنف ره و المحقق فی الشرائع بحصول البراءة من الضمان به، و وجهه ان الضمان کان لحقّه فیسقط باسقاطه.

و اورد علیه صاحب الجواهر و قبله غیره بعدم دلیل صالح لقطع اصالة الضمان، ضرورة عدم ثبوت مال فی الذمة یکون مورداً للابراء، فان المراد من الضمان اشتغال ذمته لو تلفت بالمثل او القیمة، فهو کما لو قال للغاصب: ابرأتک من ضمان المال المغصوب فی یدک، و نحوه مما هو ابراء عما لم یجب بعد. و تأهل الذمة للاشتغال علی تقدیر التلف لم یثبت قابلیته للسقوط، بل مقتضی الاصل و اطلاق ما دل علی سببیة الضمان الشامل لصورة الاسقاط عدم سقوطه بالاسقاط.

و فیه: اولا: ان الابراء ان کان ابراء علی تقدیر الثبوت لا تنجیزیا، لا یکون من قبیل ابراء ما لم یجب.

و ثانیا: ان الضمان المسبب عن التعدی او التفریط کالضمان فی سائر الموارد غیر العقود الصحیحة، عبارة عن کون العین فی العهدة، و اثر ذلک لزوم دفع العین

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٣٢٨

و یحلف للظالم و یوری،

ما دام بقائها، و البدل علی تقدیر التلف، ففی جمیع الموارد تکون العین فی العهدة حتی بعد التلف. و علی ذلک فالابراء عنه لا إشکال فیه اصلا، بعد معلومیة کون الضمان من الحقوق القابلة للاسقاط لا من قبیل الحکم.

حکم ما اذا اتلف الاجنبی الودیعة

ثمّ انه بعد ما عرفت من وجوب الحفظ، فاعلم انه اذا اراد ثالث أخذ المال الذی جعل ودیعة عنده قهرا او اراد اتلافه، فان تمکن من

الدفع من دون ان یترتب علیه ضرر أو مشقة وجب، لانه مقدمة للحفظ المأمور به علی جهة الاطلاق.

و لو توقف ذلک علی بذل مال فهل یجب ام لا؟ و علی تقدیر البذل هل یرجع بما بذله علی المالک؟ خلاف فی الجهتین، و قد تقدم ما عندنا عند بیان حکم علف الدابة و سقیها، و ما ذکرناه فی تلک المسألة جار هنا.

و لو توقف الدفع علی الکذب جاز، بل وجب بل و علیه ان یحلف للظالم لو طولب بالیمین- علی ما سیأتی الکلام فی ذلک مفصلا فی کتاب الایمان- و النصوص الخاصة شاهدة بذلک.

و هل یجب ان یورّی مع التمکن من التوریة؟ الظاهر ذلک کما سیأتی فی ذلک الکتاب.

و لو ادی وظیفته و مع ذلک اخذ منه قهرا او اتلف فلا ضمان علیه، بلا خلاف اجده فیه بل الاجماع بقسمیه علیه، کذا فی الجواهر، لقاعدة الایتمان.

و دعوی اختصاصها بالتلف، و فی المقام اما اتلاف او اخذ، و علی التقدیرین لا تلف، مندفعة:

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۲۹

[...]

اولا: بصدق التلف علیهما بکل من اتلاف الثالث واخذه، کما یشهد به خبر عقبة بن خالد الوارد فی تلف المبیع قبل قبضه من اطلاق التلف علی سرقة المتاع «۱».

و ثانیا: انه لم یؤخذ فی ادلة عدم الضمان علی الامین خصوص التلف، بل صرح فی بعضها بالسرقة، کصحیح محمد بن مسلم عن الامام الباقر علیه السلام عن الرجل یستبضع المال فیهلک او یسرق، أعلی صاحبه الضمان؟ فقال علیه السلام: لیس علیه غرم بعد ان یکون الرجل امینا «۲».

ثمّ الظاهر انه لا إشکال فیه، سواء کان قد تولّی الظالم اخذها من یده، أو من مکانها الذی کانت فیه، او قهره علی الاتیان بها فدفعها الیه، لصدق عدم التفریط فیهما، و لا ضمان علیه فیهما، و انما الضمان علی الظالم کما هو المشهور بین الاصحاب.

و عن ابی الصلاح و ابی المکارم و المصنف ره فی التذکرة و التحریر انه یجوز رجوع المالک علیه مع مباشرته الدفع بنفسه الی من أمره الظالم، لانه باشره تسلیم مال الغیر بیده، فیشمله عموم علی الید، و ان کان قرار الضمان علیه. و قوّاه فی الجواهر، بتقریب ان التسلیم الی الظالم من اقسام الاتلاف، و المخصص بقاعدة الائتمان قاعدة علی الید دون قاعدة الاتلاف.

و لکن یرد علی الوجه الاول: ان التسلیم الی الظالم ان کان جائزا له، فلا یکون به مفرطا و لا متعدیا، و معه یدخل فی قاعدة الائتمان، و هی تخصص قاعدة علی الید. و اما ما افاده فی الجواهر، ففیه: ان التسلیم الی الظالم لا یعدّ اتلافاً للمال، بل لو کان ذلک اتلافا یکون فاعله الظالم الاخذ، فهو المتلف بأخذه لا الودعی المسلم الیه، و انما

---

(۱) الوسائل باب ۲۰ من ابواب الخیار- من کتاب التجارة حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۳ من ابواب کتاب المضاربة حدیث ۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۳۰

و لو اقرّ له لم یضمن

فعله مقدمة للاتلاف لا انه اتلاف، فتدبر. فالاظهر عدم الضمان علیه.

و لو اقرّ له لم یضمن عند الماتن.

و فی المسالک- فی شرح قول المحقق: و لا- یلزم درکها-: هذا اذا لم یکن سبباً فی الاخذ القهری کما لو کان هو الساعی بها الی الظالم، و لم یقدر بعد ذلک علی دفعه، فانه یضمن لانه فرط فی الحفظ، بخلاف ما لو کانت السعایة من غیره، او علم الظالم بها من غیر سعایة، و مثله ما لو اخبر اللص بها فسرقها، انتهی. و تبع فی ذلک المصنف ره فی التذکرة و المحقق الثانی.

و هو متین، فان اخبار الظالم بها نظیر جعلها فی غیر حرز، ینافی الحفظ المأمور به فیکون متعدیا، فلا یرد علیه ما فی الجواهر من الشک فی تحقق الضمان، و لو للشک فی الاندراج تحت ما جعلوه عنوانا له من التعدی و التفریط و التضییع و نحوها، لان عموم علی الید و نحوه مخصوص بقاعدة الائتمان، اذ لا شک فی عدم صدق الحفظ، و معه یصدق التعدی او التفریط لترکه ما وجب علیه، و قاعدة الائتمان مختصة بغیر المفرط و المتعدی و المضیع.

نعم، لو تمّ ما ذکره من الشک فی صدق العنوان الخارج تمّ ما افاده، من جهة ان التمسک بعموم علی الید حینئذ من قبیل التمسک بالعام فی الشبهة المصداقیة و هو لا یجوز، فیتعین الرجوع الی اصالة البراءة عن الضمان.

فالمتحصل مما ذکرناه ان الاظهر فیما لو اقرّ له من غیر ان یکون الاقرار لدفع الضرر او الحرج او ما شاکل من موانع التکلیف یکون ضامنا، و ان کان قرار الضمان علی الظالم.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۳۱

و یجب ردها عقلا علی المودع، أو الی ورثته بعد موته

یجب رد الودیعة علی المودع

الرابعة: و یجب ردها ای الودیعة (عقلًا علی المودع، او الی ورثته بعد موته) مع المطالبة فی اول اوقات الامکان، بلا- خلاف فی الوجوب، و فی الجواهر: بل الاجماع بقسمیه علیه، و قد تقدم ما عن التذکرة من اجماع المسلمین کافة علیه. و یشهد به ما دلّ من الکتاب و السنّة علی الأمر باداء الامانة الی اهلها «۱» المتقدم فی اول هذا الفصل، و ما دلّ علی عدم جواز وضع الید علی مال الغیر بغیر اذنه «۲» و الفرض عدمه هنا لانقطاع الاذن بالمطالبة. و اما کون الوجوب بحکم العقل ایضا، فتقریبه ما مر فی اول هذا الفصل.

و لا- یخفی انه لا ریب فی تقید هذا الحکم کسائر الاحکام الشرعیة بالامکان العقلی. و هل یعتبر الامکان الشرعی کما صرح به فی المسالک و غیرها، لان المانع الشرعی کالمانع العقلی؟ الظاهر ذلک، الا ان کون حکم شرعی آخر مانعا عن ذلک یتوقف علی وجود احد المرجحات لباب التزاحم، و بعبارة اخری بعد رعایة قواعد ذلک الباب و تقدیم ما یزاحم ذلک لا ریب فی سقوطه. و فی المسالک: و المراد بالامکان ما یعم الشرعی و العقلی و العادی، و الظاهر ان مراده بالامکان العادی ما لو لم یکن فی الردّ مشقة، و علیه فدلیل اعتباره ما دل علی رفع العسر و الحرج.

و منه یظهر الحکم فی جملة من الفروع المذکورة فی المقام، مثل ما لو کان فی الحمام فطلب المالک منه الرد، و لا یتمکن منه الا بخروجه من الحمام، و انه یجوز له اکمال

---

(۱) النساء آیة ۵۸ و الوسائل باب ۲ من الودیعة.

(۲) الوسائل باب ۳ من ابواب مکان المصلی- و المستدرک ج ۱ ص ۲۱۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۳۲

]...[

الحمام اذا کان فی عدمه المشقة، و نحو ذلک غیره من الفروع، فان الضابط الکلی هو اللزوم ان لم یکن فیه حرج و مشقة، و الّا فیجوز التأخیر.

و هل التأخیر لیشهد علیه عذر ام لا، ام یفصل بین ما اذا کان لصاحب المال بیّنة علی کون ماله عنده فله ذلک، و بین غیره فلا؟ اقوال، خیرها اوسطها، بعد فرض ان قوله فی الردّ مقبول فلا حاجة الی البیّنة.

و هل یجب الردّ حتی لو کان المالک ممن یجوز تملک ماله، کما لو کان للودعی عنده مال هو غاصب له و اراد المقاصة من الودیعة، او کان ماله فیئا للمسلمین، او کالاموال المباحة کما اذا کان المودع کافرا حربیا؟ وجهان، صرح جمع من الاصحاب بالاول. و فی الجواهر ره: ان لم یکن اجماع علی وجوب الردّ حتی علی الحربی، و حتی علی من علیه حق المقاصة و غیرهم، امکن المناقشة فیه، انتهی.

اما المقاصة من الودیعة ففیها روایتان:

احداهما: دالة علی الجواز، و هی صحیحة ابی العباس البقباق، ان شهاباً ما راه فی رجل ذهب له بالف درهم و استودعه بعد ذلک الف درهم، قال ابو العباس فقلت له: خذها مکان الألف التی اخذ منک فأبی شهاب، قال: فدخل شهاب علی ابی عبد اللّه علیه السلام فذکر ذلک، له فقال علیه السلام: اما انا فاحبّ ان تأخذ و تحلف «۱».

و خبر علی بن سلیمان قال: کتبت الیه رجل غصب مالا او جاریة ثمّ وقع عنده مال بسبب ودیعة او قرض مثل ما خانه أو غصبه، أ یحلّ له حبسه علیه ام لا؟ فکتب علیه السلام: نعم، یحل له ذلک ان کان بقدر حقه، و ان کان أکثر فیأخذ منه ما کان علیه و یسلم الباقی الیه ان شاء اللّه «۲».

---

(۱) الوسائل باب ۸۳ من ابواب ما یکتسب به حدیث ۲ کتاب التجارة.

(۲) الوسائل باب ۸۳ من ابواب ما یکتسب به حدیث ۹.

الا ان یکون

الثانیة: ما یدل علی المنع، کصحیح معاویة بن عمار عن الامام الصادق علیه السلام، قلت له: الرجل یکون لی علیه حق فیجحد منه ثمّ یستودعنی مالا أ لی ان آخذ مالی عنده، قال: لا، هذه الخیانة «۱».

و خبر ابن اخی الفضیل بن یسار، کنت عند ابی عبد اللّه علیه السلام و دخلت امرأة و کنت اقرب القوم الیها، فقالت لی: اسأله، فقلت: عن ما ذا؟ فقالت: ان ابنی مات و ترک مالًا کان فی ید اخی فاتلفه، ثمّ افاد مالًا فاودعنیه، فلی ان آخذ منه بقدر ما اتلفه من شیء، فقال علیه السلام: لا، قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: ادّ الامانة الی من ائتمنک، و لا تخن من خانک «۲».

و الجمع بین الطائفتین یقتضی البناء علی الکراهة، و المسألة محررة مستوفاة فی أواخر کتاب القضاء فراجع، و نسب القول بالجواز هناک الی اکثر المتأخرین، و فی ملحقات العروة: الظاهر انه المشهور.

و أما وجوب الرد علی الحربی، فهو الظاهر من النصوص المتقدمة المتضمنة للرد و ان کان المودع مجوسیا، او کان قاتل ولد الانبیاء، او انه لو ائتمنی قاتل علی علیه السلام علی السیف لأدّیت الیه الامانة. و لا منافاة بینها و بین ما دلّ علی حلیة امواله، کی یقال ان النسبة عموم من وجه، فانه یمکن ان یکون الردّ واجبا من جهة کونه رداً للامانة، و ان کان المال مع قطع النظر عن هذا العنوان کان یحلّ اخذه، هذا علی تقدیر عدم القول بان ماله فیء للمسلمین، و الا فالودیعة باطلة کما لا یخفی.

و کیف کان، فلا اشکال فی وجوب الرد علی من لم یکن کذلک الا ان یکون

(۱) الوسائل باب ۸۳ من ابواب ما یکتسب به حدیث ۱۱.

(۲) الوسائل باب ۸۳ من ابواب ما یکتسب به حدیث ۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۳۴

غاصبا فیردها علی مالکها و مع الجهل لقطة یتصدق بها ان شاء، الا ان یمتزج بمال الظالم فیردها علیه.

المودع غاصبا لها، فانه لا- یجوز الرد الیه لعدم الودیعة شرعا بل یمنع عنها، فیردها علی مالکها ان عرف، و مع الجهل به تکون هی لقطة، لخبر حفص بن غیاث- المنجبر ضعفه بعمل الاکثر- عن مولانا الصادق علیه السلام عن رجل من المسلمین أودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا و اللص مسلم، هل یرد علیه؟ فقال: علیه السلام: لا یردّه، فان امکنه ان یردّه علی اصحابه فعل، و الا کان فی یده بمنزلة اللقطة یصیبها فیعرفها حولا- فان اصاب صاحبها ردها علیه و الا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلک خیّره بین الاجر و الغرم، فان اختار الاجر فله الاجر، و ان اختار الغرم غرم له و کان الاجر له «۱».

و الامر بالتصدق بها و ان کان فی نفسه ظاهراً فی الوجوب، الا انه حیث رتب ذلک علی جعله بمنزلة اللقطة، فعلی القول فی اللقطة بجواز التملک یحمل الامر فیه علی ارادة بیان احد الافراد او علی الترخیص، و لذلک قال المصنف ره: یتصدق بها ان شاء. و علیه فما عن الارشاد و تبعه الشهید الثانی من التخییر بین الصدقة بها مع الضمان و ابقائها امانة، لا ینافی ذلک. و کیف کان، فلا یصغی الی ما عن الحلبی و الحلی من وجوب الردّ الی امام المسلمین، و مع التعذر تبقی امانة، ثمّ یوصی بها الی عدل الی حین التمکن من المستحق.

و بالجملة فبعد ما عرفت من انجبار ضعف الخبر بالعمل، لا ینبغی التردید فی ان له ان یتصدق بها الا ان تمتزج بمال الظالم فیردها علیه ان لم یمکن للمستودع تمییز المالین و لو بالقسمة، عند الاصحاب علی ما نسب الیهم، و عن الغنیة و السرائر

(۱) الوسائل باب ۱۸ من ابواب کتاب اللقطة- حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۳۵

و القول قول الودعی فی التلف، و عدم التفریط، و الرد، و القیمة، مع یمینه. و قول المالک انه دین لا ودیعة مع التلف

الاجماع علیه، تقدیماً لاحترام المال المعلوم مالکه علی غیره الذی لا یمکن معرفته لیرد علی صاحبه. و لکن یشکل ذلک، فان المال المفروض مرکب من ما یجب ردّه الی صاحبه و ما یتعیّن التصدق به عن مالکه، فتقدیم احدهما یحتاج الی دلیل. فما افاده فی المسالک- و تبعه علیه غیره- من ان الاوفق بالقواعد ردّه علی الحاکم مع امکانه لیقسمه و یرد علی الغاصب ماله، هو المتجه، و مع عدم امکانه یقوم عدول المؤمنین مقامه کما فی کل حسبة.

فروع التنازع

الخامسة: فی فروع التنازع.

و ملخص القول فیها: انه تارة یدعی الودعی تلف المال، و المودع ینکره. و اخری یتوافقان علی التلف، و لکن المودع یدعی التفریط و الودعی ینکره. و ثالثة یدعی المستودع ردّ المال، و المودع ینکر ذلک. و رابعة یتوافقان علی الودیعة و عدم الرد و التلف مع التفریط، و یختلفان فی القیمة. و خامسة یتنازعان فی ان المال التالف هل هو کان ودیعة فلا ضمان، ام کان قرضا فعلیه عوضه.

قال المصنف ره: و القول قول الودعی فی التلف و عدم التفریط و الرد و القیمة مع یمینه، و قول المالک انه دین لا ودیعة مع التلف فهاهنا فروع خمسة:

۱- اذا اعترفا بالودیعة، و ادعی الودعی التلف و انکره المودع، فالقول قول الودعی علی المشهور بین الاصحاب شهرة عظیمة، سواء اسنده الی سبب أولا، و سواء کان ظاهرا کالغرق و الحرق او خفیا کالسرقة و نحوها، بل عن التذکرة نسبته

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۳۶

]...[

الی علمائنا اجمع.

و الوجه فی ذلک انه امین، و عدم تصدیقه فی دعوی التلف یندرج تحت عنوان اتهام المؤتمن، و قد ورد انه لیس لک ان تتهم من ائتمنته «۱» اضف الیه مرسل المقنع عن مولانا الصادق علیه السلام عن المودع اذا کان غیر ثقة، هل یقبل قوله؟ قال علیه السلام: نعم، و لا یمین علیه «۲». فما عن الشیخ فی المبسوط من انه لا یقبل قوله الا بالبیّنة فی التلف بامر ظاهر لعموم البینة، مردود بالشذوذ، و العموم المزبور یجب تخصیصه بما مر کما افاده بعضهم.

و هل یقبل قوله بلا یمین کما عن الصدوق و الشیخ فی. النهایة و ابن حمزة، بل عن الفقیه: قضی مشایخنا رضی اللّه عنهم علی ان قول المودع مقبول فانه مؤتمن و لا- یمین علیه، ام یعتبر الیمین لقاعدة انحصار ثبوت الدعوی بالبینة و الیمین کما فی الجواهر؟ وجهان، الظاهر انه لا حاجة الی الیمین الا عند التنازع عند الحاکم، و لعل القائلین بعدم الحاجة الیه نظرهم الی غیر باب الخصومة عند الحاکم، کما ان نظر صاحب الجواهر ره الی صورة النزاع عنده.

۲- اذا ادعی الودعی الردّ و انکره المالک، فالمشهور انه یقبل قوله، و عن جماعة الاجماع علیه بل ارسلوه فی غیر المقام ارسال المسلمات، و وجهه ظاهر مما قدمناه.

۳- لو اتفقا علی التلف، و لکن المالک ادعی التفریط و انکره الودعی، فلا اشکال فی تقدم قول الودعی، لما مر، و لان ما دل علی الضمان بالتعدی و التفریط یخصص ما دل علی عدم ضمان الامین، و بعد الجمع بینهما یکون الخارج عن تحت ما

---

(۱) الوسائل باب ۹ من ابواب کتاب الودیعة حدیث ۱.

(۲) الوسائل- باب ۴ من ابواب کتاب الودیعة حدیث ۷.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۳۷

]...[

دل علی الضمان مطلقا الامین غیر المفرط و غیر المتعدی، فاصالة عدم التفریط و التعدی تثبت عنوان الخاص، فیثبت حکمه و هو عدم الضمان.

۴- لو اختلفا فی القیمة، فعن الشیخ ره ان القول قول المالک، محتجا بانه بالتفریط خرج عن الامانة، فلا یکون قوله مسموعا، و قیل ان به روایة. و فی المتن و الشرائع و المسالک و الجواهر ان القول قول الغارم مع یمینه، و نسبه فی المسالک الی الاکثر. و هو الاظهر، لاصالة البراءة عن الزائد، و خروجه عن الامانة لا یخرجه عن حکم المنکر، و الخبر لم یصل الینا.

۵- لو قال المالک: اقرضتک العین، و قال القابض: او دعتنیها، و العین تالفة، فالظاهر کما افاده المصنف ره و غیره ان القول قول المالک، لموثق اسحاق بن عمار عن ابی الحسن علیه السلام عن رجل استودع رجلا الف درهم فضاعت، فقال الرجل: کانت عندی

ودیعة، و قال الآخر: انما کانت لی علیک قرضا، فقال علیه السلام: المال لازم له، الا ان یقیم البیّنة انها کانت ودیعة «۱».

و موثقة الآخر عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی رجل قال لرجل: لی علیک الف درهم، فقال الرجل: لاو لکنها ودیعة، فقال ابو عبد اللّه علیه السلام: القول قول صاحب المال مع یمینه «۲».

و دلالتهما واضحة فیخرج عن القاعدة بهما.

و الکلام فی تطبیق ذلک علی القاعدة تقدم فی کتاب الاجارة، و عرفت ان مقتضی القاعدة عدم الضمان، للشک فیه و الاصل عدمه، و التمسک بقاعدة علی الید

---

(۱) الوسائل- باب ۷- من ابواب کتاب الودیعة حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۱۸ من ابواب کتاب الرهن حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۳۸

الفصل الثامن: فی العاریة

لاثباته فیه محذوران:

۱- توافقهما علی عدم الضمان الثابت بها، فان المالک یدعی ضمان القرض، و القابض ینکر الضمان رأسا.

۲- مع الاغماض عن ذلک، و تسلیم کون ضمان القرض بعینه ضمان المثل او القیمة، یکون التمسک بالقاعدة تمسکا بالعام فی الشبهة المصداقیة، لفرض خروج الودیعة عنها و الشک فی کونه ودیعة او قرضا، فالمتعین هو الرجوع الی اصالة البراءة، فالقاعدة تقتضی تقدیم قول القابض، و لکن یتعین تقییدها بالخبرین المتقدمین، فالاظهر تقدیم قول المالک.

الفصل الثامن: فی العاریة

اشارة

قال المصنف ره فی التذکرة: العاریة- بتشدید الیاء- عقد شرع لإباحة الانتفاع بعین من الاعیان علی وجه التبرع، و شدّدت الیاء کانها منسوبة الی العار، لان طلبها عار، قاله صاحب الصحاح. و قال غیره: منسوبة الی العارة و هی مصدر، الی ان قال: و قیل انها مأخوذة من عار یعیر اذا جاء و ذهب، انتهی.

لا خلاف و لا ریب فی ان العاریة مشروعة. و یشهد بها- مضافا الی ذلک، و إلی ان علیها بناء العقلاء و الشارع الاقدس لم ینه عنها، و إلی قاعدة السلطنة «۱» و ادلة الهبة «۲» الشاملة لهبة المنافع-:

---

(۱) البحار ج ۱- ص ۱۵۴ الطبع القدیم ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

(۲) الوسائل- باب ۲ من ابواب الهبات.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۳۹

[...]

من الکتاب قوله تعالی وَ یَمْنَعُونَ الْماعُونَ «۱». فعن مجمع البحرین: الماعون اسم جامع لمنافع البیت، کالقدر و الدلو و الملح و الماء و

السراج و الخمرة، و نحو ذلک مما جرت العادة بعاریته. و فی حدیث المناهی: نهی النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم ان یمنع احد الماعون جاره، و قال: من منع الماعون جاره منعه اللّه خیره یوم القیمة و وکله الی نفسه و من وکله الی نفسه فما اسوأ حاله «٢». و روی ابو بصیر عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی الآیة الشریفة: هو القرض یقرضه، و المعروف یصنعه، و متاع البیت یعیره «٣» و نحوه خبر سماعة «۴».

و من السنة نصوص مستفیضة منها ما تقدم، و منها النصوص المتضمنة لاستعارة النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: من صفوان بن امیة سبعین درعا حطمیة، فقال: أ غصب ام عاریة؟ قال صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: بل عاریة مؤداة «۵» و منها غیر تلکم من الاخبار، و سیأتی طرف منها.

ثمّ الظاهر کما صرح به غیر واحد انها من العقود، و تفتقر الی الایجاب و القبول، و الکلام فیما یعتبر فی عقدها و ما لا یعتبر هو الکلام فی عقد الودیعة، فراجع ما ذکرناه فیه.

و تمام الکلام فی هذا الفصل بالبحث فی مقامات.

---

(١) سورة الماعون آیة ٨.

(٢) الوسائل- باب ٧ من ابواب ما تجب فیه الزکاة حدیث ١٣.

(٣) الوسائل باب ٧ من ابواب ما تجب فیه الزکاة حدیث ٣.

(۴) الوسائل باب ٧ من ابواب ما تجب فیه الزکاة حدیث ٢.

(۵) الوسائل باب ١ و ٢ من ابواب العاریة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٣۴٠

کل عین مملوکة یصح الانتفاع بها مع بقائها صح اعارتها

ضابط العین المستعارة

[المقام] الاول: فی العین المستعارة

: [ضابط العین المستعارة]

و قالوا فی ضابطها: ان المستفاد من الفتاوی و معقد الاجماع و نفی الخلاف و الاقتصار علی المتیقن من اطلاق النص عدا ما خرج مما یأتی، انها (کل عین مملوکة یصح الانتفاع بها مع بقائها) منفعة معتداً بها عند العقلاء، کالثوب و الدراهم و الدار و الدابة و ما شاکل، فان اجتمعت الشرائط صح اعارتها. فما لا یصح الانتفاع به شرعا- کاوانی الذهب و الفضة للاکل و الشرب، و الجواری للاستمتاع- لا یجوز اعارته، و هو واضح. کما ان ما یتلف بالانتفاع به کالاطعمة و الاشربة و نحوها، لا یصح اعارته للانتفاع بها بالاکل و الشرب، بلا خلاف و لا إشکال فی ذلک.

و قد یقال: انه لا ثمرة فی النزاع فی ذلک، اذ یحلّ الانتفاع بالاعیان المشار الیها بما یوجب اتلافها، مع احراز رضا المعیر باتلاف العین بقوله اعرتکه مع القرینة، فان المعیار فی جوازه هو رضاه به و قد حصل فی محل الفرض، و ان هو الا- کالهبة و ان عبّر عنها بلفظ العاریة.

و اجاب عنه سید الریاض بانه حیث لا یعلم الرضا بالاتلاف الا به اتجه ما ذکروه، لاشتراط استفادته منه بدلالته علیه و لو بالالتزام، و

دلالة لفظ العاریة بمجرده علی الاتلاف فاسدة، لعدم استنادها الی عرف او لغة.

و اجاب عن الایراد فی الجواهر بترتب الضمان علی الاتلاف المزبور و ان کان بالاذن الا انها بعنوان العاریة، زعما منه عموم موضوعها او تشریعا، و دعوی کونه حینئذ هبة او اباحة و ان کان الدفع بهذا العنوان واضحة البطلان، الا ان ینصب قرینة علی ارادتهما من اللفظ المزبور، ثمّ قال: نعم قد یتوقف فی ضمانه من غیر تعد و لا تفریط

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۴۱

]...[

من قاعدة ما لا یضمن بصحیحة لا یضمن بفاسده، و من خروجه عن اصل موضوع العاریة حتی الفاسدة، و لعلّه الاقوی فی النظر.

و التحقیق ان یقال: انه لا إشکال فی اعتبار کون العین تبقی مع الانتفاع بها فی العاریة علی ما یشهد به العرف و اللغة فی هذه اللفظة. و ایضا لا إشکال فی انه یجوز اتلاف الاعیان التی تتلف بالانتفاع بها مع احراز رضا اربابها من ای طریق احرز ذلک، و ان لم یکن المبرز کاشفا نوعیا عنه، اذ لیست الاباحة من قبیل العقود و الایقاعات المعتبر فیها کون مبرزاتها کواشف عنها بحسب المتفاهم العرفی، بل المعیار فی هذا المقام احراز الرضا النفسانی و لو لم یکن له کاشف، و لا ضمان ان احرز رضاه بالاتلاف مجانا. و ایضا لا ضمان مع التلف فی موارد الامانة المالکیة بالمعنی الاعم، و هی التسلیط عن الرضا، کما مر فی الودیعة.

فعلی هذا، فیرد علی سید الریاض ره: انه و ان لم یکن لفظ العاریة دالا علی الرضا بالاتلاف الا انه لا تعتبر دلالته، لان المعیار کشف الرضا، و لو بسبب ما لا یکون دالا علیه عرفا و لا لغة.

و یرد علی ما افاده صاحب الجواهر ره اولا: ان عدم الضمان مع الاتلاف الذی احرز رضا صاحب المال باتلافه مجانا، لا یکون کعناوین العقود متوقفا علی کون اللفظ المبرز کاشفا، مع انه ان استشکل فی اللفظ المزبور لا مجال للاشکال فی دفع العین بعده، فانه بقصد الاباحة علی الفرض، و یکفی ذلک فی عدم الضمان کما هو الشأن فی جمیع الاباحات لا بعوض.

و یرد علی ما افاده ثانیا: انه لو تلفت العین لا وجه للضمان بعد کونها امانة مالکیة بالمعنی الاعم.

و الصحیح فی الجواب عن الایراد ان یقال: انه تظهر الثمرة فیما لو اعاره عینا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۴۲

]...[

لها منفعة لا یستلزم استیفائها تلف العین، و منفعة تستلزم ذلک، فانه علی الضابط المذکور لا یجوز ان یستوفی المنفعة المستلزمة للتلف ان لم یحرز رضاه بذلک.

ثمّ ان تمام الکلام فی هذا المقام بالبحث فی فروع.

اعارة الغنم للانتفاع بلبنها

۱- لا خلاف ظاهراً فی انه یجوز استعارة الشاة للحلب- و هی المسماة بالمنحة بالکسر واصلها العطیة- و عن بعض متأخری المتأخرین الاجماع علیه.

و استدل له فی التذکرة باقتضاء الحکمة اباحته، لان الحاجة تدعو الی ذلک، و الضرورة تبیح مثل هذه الاعیان کما فی استئجار الظئر.

و قد روی العامة عن النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم انه قال: المنحة مردودة «۱» و المنحة هی الشاة. و من طرق الخاصة ما رواه الحلبی- فی الحسن- عن مولانا الصادق علیه السلام فی الرجل یکون له الغنم یعطیها بضریبة سنة شیئا معلوما او دراهم معلومة من کل

شاة کذا و کذا فی کل شهر، قال علیه السلام: لا بأس بالدراهم، و لست احبّ ان یکون بالسمن «۲» ثمّ ذکر صحیح عبد اللّه بن سنان «۳» و هو نحو حسن الحلبی، و قال: و اذا جاز ذلک مع العوض فبدونه اولی.

و فی المسالک: و جواز اعارة ذلک ثابت بالنص علی خلاف الاصل، و الظاهر ان

---

(۱) التذکرة ج ۱ ص ۴۱۰.

(۲) الوسائل باب ۹ من ابواب عقد البیع و شروطه- حدیث ۲.

(۳) الوسائل باب ۹ من ابواب عقد البیع حدیث ۴.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۴۳

]...[

نظره- کما یظهر من ذیل کلامه- الی النبوی المتقدم. و اضاف بعض متأخری المتأخرین الی الوجوه المشار الیها قاعدة السلطنة، و کونها کالوکالة فی الانتفاع.

و لکن الحاجة لا تصلح لاثبات مشروعیة هذه العاریة المخالفة للضابط المتقدم، مع ارتفاع الحاجة بایقاع معاملة اخری او اباحة بلا عوض. و اما استیجار الظئر فقد مرّ الکلام فیه فی کتاب الاجارة. و اما النبوی فغیر حجة. و اما الخبران فقد افاد المصنف نفسه فی کتاب البیع انهما متضمنان لبیان مشروعیة معاملة خاصة لیست ببیع و لا إجارة، و قد تقدم منا ان تلک من قبیل الاباحة بالعوض، و هی معاملة مستقلة مشروعة، فان استفید منهما شیء فهو جواز الاباحة لا بالعوض بل مجانا و هو مما لا کلام فیه، لکنها لیست عاریة. و اما قاعدة السلطنة فهی لا تقتضی مشروعیة ما لا یکون مشروعا، بل تدل ان للمالک الاباحة مجانا.

و لذا قیل ان الانصاف ان المنحة لیست من العاریة فی شیء بل انما هی من قبیل الاباحة. و فتوی الاصحاب لیست الا جوازها، و لا تصریح فی کلمات اکثرهم بکونها عاریة، فلا مورد للتمسک بالاجماع لمشروعیة العاریة فی هذا المورد.

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۹، ص: ۳۴۳

و لکن مع ذلک کله یمکن توجیه الاستعارة فی هذا المورد و جعله من قبیل العاریة بوجهین:

احدهما: ان المنفعة امر عرفی، و ربما یعدّ عرفا بعض الاعیان منفعة لعین اخری کاللبن للشاة، و علیه فیجوز استعارة الشاة للبنها و ما شاکل، فان العین المستعارة هی الشاة و هی لا تتلف، و ما یتلف انما هو من قبیل المنفعة و لیست هی متعلقة للعاریة.

ثانیهما: ان العین المستعارة للانتفاع بها هی الشاة، و الاستیفاء یستتبع تلف العین و هی اللبن، و لا محذور فی ذلک، فانه فی اغلب موارد العاریة یکون الاستیفاء

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۴۴

]...[

مستلزما لتلف مقدار من العین. و علی الجملة ان الممنوع استعارة اللبن، و اما استعارة الشاة للانتفاع بلبنها فلا محذور فیها، و لا تکون منافیة لما قدمناه من الضابط. فالانصاف انه لا محذور فی الالتزام بکون تلک من قبیل العاریة، نعم یمکن تصحیحها بالاباحة ایضا.

و بما ذکرناه یظهر حکم استعارة کل حیوان له منفعة کالفحل المضراب، المستلزم استیفائها اتلاف عین اخری. و یتجه التعدّی الی غیر

الشاة کما هو المتعارف فی هذا الزمان فی البقر، و إلی غیر اللبن کالصوف و الشعر و الوبر، و اللّه العالم.

جواز استعارة الارض للزرع

۲- لا- کلام فی جواز استعارة الارض للزرع و لدفن المیت، انما الکلام فی موردین: الاول: فی انه فی اعارة الارض للزرع هل یجوز للمعیر الرجوع قبل ادراکه ام لا؟ و علی الاول هل له ان یجبر المستعیر بقلع الزرع ام لیست له ذلک؟ و علی الاجبار هل علیه الارش ام لا؟ فیه اقوال، و قد مر تنقیح القول فی ذلک فی باب المزارعة.

الثانی: فی اعارة الارض لدفن المیت، هل للمعیر اجباره علی قلع المیت و نبش القبر و اخراجه، ام لیس له ذلک؟ المشهور بین الاصحاب هو الثانی، بل فی الجواهر: بلا خلاف اجده فیه بل الاجماع بقسمیه علیه، و علی ذلک حمل کلام من ادعی الاجماع علی لزوم هذه العاریة لا ان المراد عدم جواز فسخها، قال فیها: و تظهر الثمرة فیما لو اتفق نبشه من نابش، فان اعارته حینئذ تحتاج الی اذن جدید، او بالاجرة، بناء علی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۴۵

]...[

استحقاقها فی مثله و فی غیر ذلک، انتهی.

و کیف کان، فلا- وجه للزوم لو لا- الاجماع، لان العاریة جائزة، و عروض اللزوم یتوقف علی دلیل او انطباق عنوان آخر علیها، کاشتراط عدم فسخها فی ضمن عقد لازم و ما شاکل، و لا شیء منهما فی المقام.

و أما عدم جواز النبش، فقد استدل له بانه مقتضی حرمة النبش المعلوم عدم صلاحیة قاعدة السلطنة لمعارضتها، و لکن لو لا الاجماع امکن ان یقال ان مدرک حرمة النبش مطلقا هو الاجماع، و المتیقن منه فی ما لم یوجب النبش هتک حرمة المیت غیر المقام، کیف و قد جاز النبش لجملة من الامور التی یکون الجواز فی المقام اولی من الجواز فیها، و الذی یسهل الخطب تسالم الاصحاب علی عدم جوازه فی خصوص المقام.

۳- لا یجوز اجارة العین المستعارة، لان منافعها لیست مملوکة للمستعیر و انما له استیفائها، و قد مر ان حقیقة الاجارة تملیک المنفعة او العمل. و هل یجوز للمستعیر اعارتها؟ الظاهر ذلک مع اطلاق الاذن، اذ لم یدل دلیل علی اعتبار مملوکیة العین فی صحة العاریة. و علیه فکون العاریة الثانیة من المستعیر او من المعیر، تابع لکیفیة الاذن و کیفیة الاعارة.

۴- اذا استعار ارضا للغرس أو الزرع او البناء، فهل للمستعیر ان یستظل بشجرها فی نوم او یقظة، ام لا- یجوز کما عن الشیخ فی المبسوط، و وافقه فی الجملة فی التذکرة و القواعد و جامع المقاصد و المسالک و الروضة علی المحکی؟ وجهان.

وجه الاول: ان هذه الانتفاعات من توابع مثل هذه العاریة عرفا. و وجه الثانی: ان الاستعارة وقعت لمنفعة معینة فلا یتعداها. و لقد اطال البحث فی ذلک فی المسالک مع عدم الاحتیاج الیه، فان جواز ذلک و عدمه تابعان لکیفیة العاریة، و مقدار

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۴۶

بشرط کون المعیر جائز التصرف

الاذن المستفاد منها، و علیه فلا یمکن جعل ضابط کلی لذلک، و اللّه العالم.

المعیر و المستعیر

المقام الثانی: فی المعیر و المستعیر

. اما الاول، فلا خلاف فی انه انما تصح العاریة بشرط کون المعیر جائز التصرف ای بالغا عاقلا غیر محجور علیه، لرفع القلم عن الصبی و المجنون «۱» و عدم جواز امرهما «۲». نعم، یجوز للصبی ان یعیر باذن الولی لما مر فی کتاب البیع من عدم الدلیل علی سلب عبارته، و غایة ما یستفاد من الادلة عدم جواز استقلاله فی التصرف المعاملی، و اما مع اذن الولی فتصح معاملاته، و کذلک العاریة. فما عن الارشاد و التحریر و اللمعة و غیرها من انه لو اذن الولی للطفل صح ان یعیر مع المصلحة، متین.

و عن السرائر تقییده بالممیز، اذ الاذن لا یجعل المسلوب غیر المسلوب، و هو حسن ان لم تقم السیرة علی عدم اعتبار التمییز فی خصوص المقام و لکنها غیر قائمة، و انما یتصرف فیما اتاه الصبی غیر الممیز من جهة انهم یرونه آلة، و منه یستکشف رضا الولی بالتصرف الکافی فی جوازه.

و أما اعتبار عدم کونه محجورا علیه فظاهر. و یعتبر ایضاً الاختیار، لرفع ما استکره علیه «۳».

---

(۱) الوسائل باب ۴ من ابواب مقدمة العبادات و باب ۳۶ من ابواب القصاص فی النفس.

(۲) الوسائل باب ۱۴ من ابواب عقد البیع و شروطه.

(۳) الوسائل باب ۵۶ من ابواب جهاد النفس.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۴۷

و ینتفع المستعیر علی العادة و لا یضمن مع التلف بدون التضمین، أو التعدی، او کون العین اثمانا.

و أما المستعیر، فبالنسبة الی تحقق العاریة یعتبر کونه مکلفا، لعین ما مر. و اما فی الاباحة فلا یعتبر، فان غیر المکلف غیر ممنوع عن التصرف. و اما بالنسبة الی الضمان فالظاهر عدمه، فان العاریة و ان لم تتحقق، الا ان التسلیط المجانی عن الرضا المحقق للامانة المالکیة بالمعنی الاعم کاف فی خروج یده عن الید الضمانیة. و هل یعتبر فیه التعیین؟ الظاهر ذلک فی التعیین المقابل للابهام، لان المبهم المردد لا حقیقة له و لا تحقق. و عدمه فی التعیین المقابل للعلم لعدم المورد، للغرر فی المقام.

و کیف کان، ف ینتفع المستعیر علی العادة فی الانتفاع بالعین المستعارة، فان کان لها منفعة خاصة انتفع بها، و ان تعددت المنفعة فان عیّنها او کان هناک انصراف تعیّن، و الّا بان عمّم جاز الانتفاع بجمیع الوجوه.

لا یضمن المستعیر مع التلف

المقام الثالث: فی الاحکام

[لا یضمن المستعیر مع التلف]

اشارة

و فیه مسائل.

الاولی: لا خلاف و لا اشکال فی ان المستعیر لا یضمن مع التلف بدون التضمین الا بالتفریط او التعدی او باشتراط الضمان او کون العین المستعارة اثمانا.

اما المستثنی منه فیشهد به- مضافا الی الاجماع المحکی، و إلی ان العین امانة مالکیة بالمعنی الاعم علی ما مر- جملة من النصوص

الخاصة، لاحظ صحیح الحلبی- او حسنه- عن الامام الصادق علیه السلام: اذا هلکت العاریة عند المستعیر لم

]...[

یضمنها، الا ان یکون قد اشترط علیه «۱».

و صحیحه الآخر عنه علیه السلام: صاحب الودیعة و البضاعة مؤتمنان، و لیس علی المستعیر عاریة ضمان، و صاحب العاریة و الودیعة مؤتمن «۲» الی غیر ذلک من النصوص الکثیرة الآتیة جملة منها فی المباحث اللاحقة.

و قد استثنوا من ذلک موارد:

۱- التعدی او التفریط لا إشکال فی الضمان معه، فان عدم الضمان علق فی النصوص علی الایتمان، اما بجعله مسببا أو عنوانا لعدم الضمان. و بعبارة اخری التعدی أو التفریط یوجب خروج الید عن کونها یداً امانیة و مأذونة و صیرورتها خیانیة، و قد علق فی جملة من النصوص الضمان علی کونه أمینا او مأمونا. اضف الیه النصوص الدالة علی الضمان بالتعدی و الاستهلاک فی باب المضاربة و الرهن، بعد معلومیة اشتراک الجمیع فی الحکم المزبور باعتبار کونها امانة. و هل یضمن بترکه التحفظ الموجب للتلف؟ فیه وجهان تقدما فی کتاب المضاربة مفصلا.

۲- اشتراط الضمان، و هو متفق علیه نصاً و فتوی، لاحظ صحیح الحلبی المتقدم، و صحیح عبد اللّه بن سنان عن ابی عبد اللّه علیه السلام: لا تضمن العاریة الا ان یکون قد اشترط فیها ضمانا، الا الدنانیر فانها مضمونة و ان لم یشترط فیها ضمانا «۳» و نحوهما غیرهما.

و معها لا یصغی الی ما قیل من منافاة هذا الشرط لمقتضی العقد، لان بنائه

---

(۱) الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب العاریة حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۱ من ابواب العاریة حدیث ۶.

(۳) الوسائل- باب ۳- من ابواب کتاب العاریة حدیث ۱.

]...[

علی التبرع، او انه شرط فی عقد جائز فلا یکون نافذا، او ان الضمان من الامور المتوقفة علی اسبابها و لیس الشرط منها.

اذ الجمیع مردودة بانها اجتهادات فی مقابل النصوص، مع ان بناء العاریة علی التبرع فی الانتفاع بالعین لا فی صورة التلف، و الشرط فی ضمن العقد الجائز نافذ کما مر، و عرفت فی کتاب الاجارة ان الضمان من الغایات التی تقبل الاشتراط.

۳- العاریة من غیر المالک، و یشهد به موثق اسحاق بن عمار عن الامام الصادق علیه السلام و الامام الکاظم علیه السلام: اذا استعیرت عاریة بغیر اذن صاحبها فهلکت، فالمستعیر ضامن «۱».

۴- عاریة الذهب و الفضة اذا لم یشترط عدم الضمان، و سیأتی الکلام فیه.

۵- عاریة الصید للمحرم، و قد مر الکلام فیه.

۶- عاریة الحیوان، فان ابن الجنید حکم بکونه مضمونا، لخبر وهب عن جعفر عن ابیه: ان علیا علیه السلام کان یقول: من استعار عبداً مملوکا لقوم فعیب فهو ضامن «۲». و لکن الخبر ضعیف السند لراویه، و معرض عنه عند الاصحاب، و اخص من المدعی، و معارض مع صحیح محمد بن قیس «۳» فلا وجه لاستثنائه.

حکم عاریة الذهب و الفضة من حیث الضمان

لا خلاف و لا إشکال فی استثناء عاریة الذهب و الفضة فی الجملة، و انه یضمن

(۱) الوسائل باب ۴ من ابواب کتاب العاریة حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب العاریة حدیث ۱۱.

(۳) الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب العاریة حدیث ۹.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۵۰

[...]

اذا کانت العین المستعارة ذهبا او فضة و ان لم یشترط الضمان، و النصوص الکثیرة المتقدم بعضها و الآتی بعضها الآخر شاهدة به.

انما الکلام فی اختصاص ذلک بالدرهم و الدینار کما هو صریح الفخر و القطیفی و الکفایة و الریاض و ظاهر المتن و الوسیلة المعبّر فیهما بالثمن، ام یعمّ غیرهما من المصوغ و غیره کما هو صریح اللمعة و المهذب و جامع المقاصد و المسالک و الروضة و مجمع البرهان علی ما حکی عن بعضها، و ظاهر المقنع و النهایة و المبسوط و التحریر و القواعد و المختلف و غیرها مما عبّر فیه بالذهب و الفضة؟.

و منشأ الاختلاف اختلاف النصوص، فانه فی جملة منها استثنی الدرهم و الدینار، کصحیح عبد اللّه بن سنان المتقدم، و خبر عبد الملک بن عمرو عن ابی عبد اللّه علیه السلام: لیس علی صاحب العاریة ضمان الا ان یشترط صاحبها، الا الدراهم فانها مضمونة اشترط صاحبها او لم یشترط «۱».

و فی طائفة اخری منها استثنی مطلق الذهب و الفضة، کموثق اسحاق بن عمار عنه علیه السلام و عن ابی ابراهیم علیه السلام، قالا: العاریة لیس علی مستعیرها ضمان الا ما کان من ذهب او فضة، فانهما مضمونان اشترطا او لم یشترطا «۲».

و صحیح زرارة عن الامام الصادق علیه السلام، قال قلت له: العاریة مضمونة؟ قال فقال علیه السلام: جمیع ما استعرت فتوی ای هلک فلا یلزمک تواه الا الذهب و الفضة، فانهما یلزمان الا ان تشترط علیه انه متی توی لم یلزمک تواه، و کذلک جمیع ما استعرت فاشترط علیک لزمک، و الذهب و الفضة لازم لک و ان لم یشترط علیک «۳»

(۱) الوسائل باب ۳ من ابواب کتاب العاریة- حدیث ۳.

(۲) الوسائل باب ۴ من ابواب کتاب العاریة حدیث ۲.

(۳) الوسائل باب ۳ من ابواب کتاب العاریة حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۵۱

[...]

و نحوهما غیرهما.

و لذلک توقف فیه جماعة، منهم المصنف فی محکی التذکرة.

و التحقیق یقتضی ان یقال: ان النصوص الواردة فی الباب المتعارضة ثلاث طوائف:

الاولی: ما دل علی عدم الضمان مطلقا، کصحیحی الحلبی المتقدمین فی اول المسألة.

الثانیة: ما یدل علی الضمان فی الدرهم و الدینار، و عدم الضمان فی غیرهما، کصحیح ابن سنان و حسن عبد الملک المتقدمین.

الثالثة: ما یدل علی الضمان فی الذهب و الفضة، و عدم الضمان فی غیرهما.

و النسبة بین الاولی و کل من الاخیرتین عموم مطلق، و بین المستثنی منه من الثانیة و المستثنی من الثالثة عموم من وجه. و علی القول بانقلاب النسبة، لو قیّد اطلاق الاولی اولًا بالطائفة الثانیة، انقلبت بین الاولی و الثالثة الی العموم من وجه.

و قد یقال: ان نصوص الدرهم و الدینار ایضا متعارضة، لان فی بعضها تخصیص الضمان بالدرهم و فی آخر بالدینار. و لکنه یندفع بان المستثنی منه فیهما لا- تعارض بینهما، لانهما مثبتان و کذلک المستثنی، و انما التعارض بین المستثنی منه من کل منهما مع المستثنی من الآخر، النسبة عموم مطلق فیقیّد اطلاق کل منهما بالآخر، فتکون النتیجة هو استثناء الدرهم و الدینار معا.

و قد یقال فی الجمع بین الطوائف الثلاث- کما عن الفخر-: بان الثانیة اخص مطلق من الثالثة، لاختصاصها بالدرهم و الدینار و عموم الثالثة لغیرهما، فیقید اطلاق الثالثة بها، ثمّ یقیّد به اطلاق الاولی، فتکون النتیجة هی استثناء خصوص الدرهم و الدینار.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۵۲

]...[

و فیه: ان المستثنی منه من الطائفتین لا تعارض بینهما لکونهما مثبتین، بل التعارض بین المستثنی منه من الثالثة و المستثنی من الثانیة، و النسبة عموم من وجه کما مر. و حیث انا لا- نقول بانقلاب النسبة، فیقید اطلاق الاولی بکل من الاخیرتین، و اما هما فبالنسبة الی الضمان فی الدرهم و الدینار، و عدمه فی غیر الذهب و الفضة متوافقتان، و التعارض انما هو فی غیر الدرهم و الدینار من الذهب و الفضة، و حیث ان المختار عندنا فی تعارض العامین من وجه هو الرجوع الی اخبار الترجیح، و الترجیح للثالثة الدالة علی الضمان، لما عن المختلف من نسبته الی الشهرة بین الاصحاب. فالمتحصل من النصوص، بعد ضم بعضها الی بعض، و ردّ بعضها علی بعض، هو ثبوت الضمان فی مطلق الذهب و الفضة.

و سید الریاض و صاحب الکفایة حیث یکون مبناهما فی تعارض العامین من وجه هو التساقط، فقد حکما به فی المقام و الرجوع الی دلیل آخر، و هو ما دل علی عدم الضمان فی مطلق العاریة، و بنیا علی اختصاص الضمان بالدرهم و الدینار، و هذا علی مبناهما حسن، و لکن المبنی فاسد.

فلا یتوجه علیهما ما فی الجواهر بما حاصله: ان المستثنی منه فی نصوص الدرهم و الدینار لیس غیر الدرهم و الدینار، و الا لما صح الاستثناء بل مطلق العاریة، فالنسبة بینه و بین نصوص الذهب و الفضة عموم مطلق. قال: و ان اراد بالمستثنی منه الحاصل من الجملة، فلیس هو ضمان الدرهم و الدینار دون غیرهما، و لیس بین مجموع ذلک و بین الذهب و الفضة تعارض العموم من وجه، اذ لا اختصاص فی خبری الذهب و الفضة بالدلالة علی عدم ضمانها، حتی یکون ذلک وجه افتراق لهما عن نصوص الدرهم و الدینار.

فانه یرد علیه اولا: انه لو تمّ ینقل الکلام الی مفهوم الاستثناء لنصوص

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۵۳

و لو نقصت بالاستعمال المأذون فیه لم یضمن،

الدرهم و الدینار، فان النسبة بینه و بین منطوق اخبار الذهب و الفضة عموم من وجه.

و ثانیا: انه لا- یتمّ، فان المستثنی منه قبل ورود القید غیر مقید و اقبل لان یرد علیه، و بعد التقیید یکون المتحصل من المستثنی منه

خاصة عدم الضمان فی غیر الدرهم و الدینار، و من الواضح معارضة ذلک مع ما دلّ علی الضمان فی الذهب و الفضة و ان لم یکونا من الدرهم و الدینار.

ثمّ ان ثبوت الضمان فی عاریة الذهب و الفضة انما هو اذا لم یشترط عدمه، و الا فلا ضمان بلا خلاف، لصحیح زرارة المتقدم.

حکم النقصان الحاصل بالاستعمال

الثانیة: و لو نقصت العین المستعارة بالاستعمال المأذون فیه لم یضمن، و کذا لو تلفت، بلا اشکال، لانه من لوازم الانتفاع بالعین الذی اباحه المالک مجانا، فهو مأذون فیه بعین الاذن فی الانتفاع و الا لم تکن العاریة مشروعة، و لا یعقل ضمان ما اذن المالک فی اتلافه مجانا و بلا عوض، لاسقاط المالک احترام ماله، و جعل مثل ذلک من مقتضیات عقد العاریة لا مانع منه، و فی صحیح ابن سنان عن الامام الصادق علیه السلام عن العاریة، فقال علیه السلام: لا غرم علی مستعیر عاریة اذا هلکت اذا کان مأمونا «١» اشارة الیه.

و فی المسالک- بعد نقل عدم الضمان و الاستدلال له- قال: و فیه وجه آخر، و هو ضمان المتعلق فی آخر حالات التقدیم، لان الظاهر عدم تناول الاذن للاستعمال المتلف،

---

(١) الوسائل باب ١- من ابواب کتاب العاریة حدیث ٣.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٣٥۴

و لو استعار من الغاصب ضمن

و ان کان داخلًا فی الاطلاق، انتهی.

و فیه: ان محل الکلام الاستعمال المأذون فیه، و ما افاده تشکیک فی الصغری، حیث انه استشکل فی شمول الاذن للاستعمال المتلف.

و لذلک عنون المصنف ره فی محکی القواعد مسألتین:

الاولی: ما لو اذن فی التصرف و اطلق، فاشکل فی عدم الضمان بالاستعمال المتلف، نظراً الی امکان انصراف الاذن بحسب الغالب الی الاستعمال غیر المتلف.

الثانیة: ما لو تلفت العین او نقصت بالاستعمال المأذون فیه، فحکم جزما بعدم الضمان.

و بذلک یظهر اندفاع ایراد المحقق الثانی علیه، بان ما ذکره ثانیا ینافی اول کلامه. مع انه فی المسألة الاولی لم یدع الانصراف جزما، کی یورد علیه بان لازمه الحکم بالضمان جزما لا الإشکال فیه، بل ادعی انه یمکن ان یقال به کما یمکن دعوی الاطلاق.

الثالثة:

و لو استعار من الغاصب ضمن

بلا اشکال، لانه وضع یده علی مال الغیر بغیر رضاه، فیشمله حدیث علی الید «١» و غیره من ادلة الضمان. اضف الیها موثق اسحاق بن عمار عن ابی عبد اللّه و ابی ابراهیم علیهم السلام: اذا استعیرت عاریة بغیر اذن صاحبها فهلکت فالمستعیر ضامن «٢».

و حینئذ ف تارة یکون المستعیر عالما بالغصب، و اخری یکون جاهلا به. و مقتضی اطلاق الادلة المشار الیها هو ضمان المستعیر فی الصورتین، غایة الامر ان

---

(١) سنن البيهقى ج ۶- ص ٩٠.

(٢) الوسائل باب ۴ من ابواب كتاب العارية حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٣۵۵

فان كان جاهلا رجع على المعير بما يؤخذ منه.

كان جاهلا رجع على المعير بما يؤخذ منه لقاعدة الغرور، كما هو المشهور بين الاصحاب.

و فى الشرائع و عن المصنف فى غير المتن و بعض آخر انه ليس للمالك ان يرجع على المستعير فى صورة جهله.

و استدل له بان الرجوع عليه ظلم محض لفرض كونه جاهلًا، و بقاعدة ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده.

و لكن يرد على الاول: انه لو كان ظلم فانما هو فى الحكم بعدم رجوعه الى الغار، و الّا فأصل الضمان الذى تقتضيه قاعدة على اليد و الموثق و غيرهما لا ظلم فيه، بل هو مقتضى العدل، لانه تلف مال الغير تحت يده. و اما الثانى فيرده: ان تلك القاعدة مختصة بموارد تسليط المالك نفسه على ماله كما فى البيع الفاسد و الاجارة الفاسدة، و لا تشمل تسليط الغير كما لو وهب الغاصب مال المالك على ما حقق فى كتاب البيع. فالاظهر ما هو المشهور بين الاصحاب من ضمانه، غاية الامر يكون قرار الضمان على الغاصب، لقاعدة الغرور.

و لو كانت العارية مضمونة، كما اذا كانت ذهبا او فضة، او اشترط فيها الضمان، فهل يرجع المستعير الجاهل على المعير فى ما يبذله بازاء العين من جهة الغرور، ام لا يرجع اليه لانه اقدم المستعير على العارية مضمونة فلا غرور حينئذ؟ وجهان، اظهرهما الثانى. نعم، يرجع هو على المعير فيما يبذله بعوض المنافع التى استوفاها المستعير بعنوان العارية، لقاعدة الغرور.

و ان كان عالما بالغصب، فقرار الضمان عليه، لانه غاصب تلفت العين تحت يده، بل لو رجع المالك على المعير يرجع هو على المستعير، لما مر فى تعاقب الايادى من ان الضمان يستقر على من تلف المال تحت يده.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٣۵۶

و يقتصر المستعير على المأذون

يقتصر المستعير على المأذون

الرابعة: و يقتصر المستعير على المأذون كما هو صريح المتن و الشرائع و المسالك و الروضة و غيرها و ظاهر القواعد و اللمعة. و عن الشيخ فى المبسوط و ابن زهرة فى الغنية و الحلى فى السرائر و غيرهم انه يجوز ان يستبيح ما دونه فى الضرر لاما فوقه، كان يستعير ارضا للغرس فيزرع، بل عن الاول نفى الخلاف فيه. و عن التذكرة و التحرير جواز المساوى ايضا. و عن جامع المقاصد: ظاهر كلامهم ان الحكم بذلك اجماعى.

و الاول اظهر، لان الاصل عدم جواز التصرف فى مال الغير الا باذنه، المفروض اختصاصه بنوع خاص من التصرف، فالنوع الآخر الباقى تحت الاصل المزبور لا يجوز. و دعوى ان الادنى أولى بالاذن، ممنوعة، فان الاذن ليس من قبيل الحكم الشرعى الصادر عن مصلحة المكلف كى تتم فيه دعوى الاولوية، فلعله له غرض خاص فى التصرف المخصوص، او انه قيد اذنه بلا غرض. نعم، لا ننكر جواز ما دون او المساوى بل الاضر، لو احرز رضاه بالتصرف فيه مجانا، لكنه خارج عن محل الفرض.

و عليه فلو اثم و فعل الاقل ضررا، هل عليه الاجرة ام لا؟ وجهان، من انه تصرف فى ملك الغير بغير اذنه و استوفى منفعته فعليه الاجرة، و من انه قد اباح له المنفعة الخاصة التى عوضها اما ازيد من عوض ما استوفاه او مساو معه، اظهرهما الاول، فإنه لم يبرأ ذمته من العوض بالمقدار الخاص، بل اذن فى استيفاء منفعة خاصة بلا عوض، و الفرض انه لم يستوفها و انما استوفى منفعة اخرى لها مالية، و

لم یأذن فیها مالکها و لم یسقط احترامها، فلا بد من ان یغترم عوضها.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۵۷

و القول قول المستعیر مع یمینه فی عدم التفریط أو القیمة معه، و قول المالک فی الرد و یصح الاعارة للرهن و له المطالبة بالافتکاک بعد المدة. الفصل التاسع: فی اللقطة،

و بذلک یظهر انه لو عدل الی الاضر مع النهی او الاطلاق، یلزمه اجرة المجموع لا خصوص ما یزید عن مقدار المأذون فیه. و ما عن المصنف من الفرق بین صورة النهی و الاطلاق، و اختیار وجوب الاجرة کملا- مع النهی، و سقوط التفاوت مع الاطلاق، غیر ظاهر الوجه، لان التخطی فی الصورتین لا یجوز، و النص علی المنع فی احداهما دون الاخری لا یصلح فارقا فی الضمان.

[لو تنازعا فی التفریط أو القیمة أو الرد]

الخامسة: و لو تنازعا فی التفریط، او القیمة، او الرد، کان القول قول المستعیر مع یمینه فی عدم التفریط و القیمة معه، و قول المالک فی الرد کما یظهر مما اسلفناه فی الودیعة، فلا حاجة الی الاعادة.

[صحة الاعارة للرهن]

السادسة: و یصح الاعارة للرهن لما سیأتی فی کتاب الرهن من جواز رهن مال الغیر باذنه، و له المطالبة بالافتکاک بعد المدة کما سیأتی.

الفصل التاسع: فی اللقطة

اشارة

و هی- بضم اللام و فتح القاف و سکونها- اسم للمال الملقوط علی ما صرح به جمع من اهل اللغة، کالاصمعی و ابن الاعرابی و الفراء و ابی عبیدة. و عن الخلیل، هی بالتسکین لا- غیر، و اما بفتح القاف فهی اسم للملتقط، لان ما جاء علی فعلة فهو اسم للفاعل کهمزة و لمزة. و لا- اصطلاح جدید لها فی الشرع، بل هی فیه مستعملة فی معناها اللغوی، نعم وقع الخلاف بین الفقهاء من جهة ان جمعا منهم اطلقوها علی ما یشمل الآدمی الحر، و خصها جماعة آخرون بغیره و افردوا للقیط کتابا آخر.

و کیف کان فالکلام فی هذا الفصل فی مواضع.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۵۸

[...]

اللقیط

[الموضع] الاول: فی اللقیط

اشارة

. و يقال له: الملقوط و المنبوذ ايضا، و انما يقال له اللقيط و الملقوط اللـذان هما بمعنى واحد، لان فعيل كجريح بمعنى مفعول باعتبار الالتقاط، و يقال له المنبوذ باعتبار انه ينبذ اولا. و الكلام فيه فى موارد:

[معنى اللقيط]

احـدهما: اللقيط كما فى التـذكرة و القواعـد و التحرير: كل صبى ضائع لا كافل له حال الالتقاط، و فى الجواهر: بل لا أجـد خلافاً فى غير المميز منه بل الاجماع بقسميه عليه.

قال فى المسالك: احترز بالصبى عن البالغ، فانه مستغن عن الحضانـة و التعهد فلا معنى لالتقاطه، نعم لو وقع فى معرض هلاك وجب تخلصه كفايـة. و بالضـائع عن غيره المنبوذ و ان لم يكن له كافـل، فـانه لاـ يصـدق عليه اسم اللقيـط، و ان كـانت كفالته واجبـة كفاية كالضـائع الاـ انه لاـ يسـمى لقيطـا. و بقوله لاـ كافـل له عن الضائع المعروف النسب، فان اباه و جـدّه و من يجب عليه حزانته مختصون بحكمه، و لا يلحقه حكم الالتقاط و ان كان ضائعا، انتهى.

و كيف كان، فلا اشـكال فى مشـروعية الالتقاط، بل عن التـذكرة المفروغية عن وجوبه كفاية، و سـيمر عليك ما هو الحق عند تعرض المصنف ره له.

انما الكلام فى المقام فى مشـروعيته، و يشـهد بها جملة من النصوص، كخبر زرارة عن ابى عبد اللّه عليه السـلام: اللقيط لا يشترى و لا يباع «١».

و خبر اسماعيل المدائنى عنه عليه السلام: المنبوذ حر، فان احبّ ان يوالى غير

---

(١) الوسائل باب ٢٢ من كتاب اللقطة- حديث ١.

[...]

الذى ربّاه والاه، فان طلب منه الذى رباه النفقة و كان موسرا ردّ عليه، و ان كان معسرا كان ما انفق عليه صدقة «١».

و خبر عبد الرحمن العزرمى عنه عليه السـلام عن ابيه عليه السلام: المنبوذ حر، فاذا كبر فان شاء توالى الى الذى التقطه، و الا فليرد عليه النفقة، و ليذهب فليوال من شاء «٢».

و صحيح محمد بن احمد عنه عليه السلام عن اللقيطة، فقال عليه السلام: لا تباع و لا تشترى، و لكن تستخدمها بما انفقت عليها «٣».

و صحيح محمد بن مسلم- او حسنه- عن ابى جعفر عليه السلام عن اللقيط، فقال عليه السلام: حر لا يباع و لا يوهب «۴» الى غير تلكم من النصوص.

و دلالـة هذه النصوص على جواز الالتقاط، و التصـرف فى الضـبط و حفظه، و نحو تلكم مما هو مخالف للاصل ظاهرة و المأخوذ فى النصوص موضوعاً لهـذا الحكم اللقيط، و اللقيطـة، و المنبوذ، و فى بعضـها التقييـد بعـدم الكبر، فانه ظاهر فى بقائه على حكم الالتقاط حتى يكبر فيوالى من شـاء. و اختصاصـها بمن لا كافل له، باعتبار ما فيها من حكم الانفاق عليه، و الاسـتخدام و انه لا يباع و لا يوهب، ظاهر.

و أما اعتبار كونه ضائعاً فلا تشـمل النصوص غير المنبوذ، فيدفعه المتفاهم العرفى ضرورة صدق الموضوع عندهم على الضائع من اهله و ان لم ينبذوه.

و أما الصبى غير المميز، فهو المتيقن من النصوص. و ان كان مميزا، فعن المحقق

(۱) الوسائل باب ۲۲ من کتاب اللقطة حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۲۲ من کتاب اللقطة حدیث ۳.

(۳) الوسائل باب ۲۲ من کتاب اللقطة حدیث ۴.

(۴) الوسائل باب ۲۲ من کتاب اللقطة حدیث ۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۶۰

]...[

و المصنف ره و الشهیدین و الکرکی و غیرهم جواز التقاطه، لصدق کونه لقیطا، و عجزه عن دفع ضرورته.

و فی الریاض- بعد الاعتراف بان ذلک هو المشهور بین اصحابنا-: و لا ریب فیه مع عدم بلوغ التمییز حدا یحفظ نفسه عن الهلاک، و یشکل مع بلوغه ذلک الحد و ان احتاج الی بعض الضروریات، و بعدم الجواز فیه صرح بعض الاصحاب، قال: فیکون امره الی الحاکم کالبالغ، من باب الولایة العامة کحفظ المجانین، الی ان قال: و هو حسن، و استدل له بعدم صدق اللقیط علیه و لا أقل من الشک، فیرجع بالنسبة الیه الی اصالة عدم الجواز.

و فیه: ما عرفت من صدق اللقیط علی الممیز، و یشهد به اطلاق الالتقاط علی یوسف علیه السلام فی الکتاب العزیز «۱» ضرورة انه کان ممیزا، کما تشهد به رؤیاه التی قصّها علی ابیه قبل ان یرمی فی البئر، و یؤیده ما فی النصوص المتقدمة من بقاء حکم الالتقاط ما لم یکبر، المعلوم ارادة البلوغ من الکبر و لو بقرینة المطالبة بالنفقة. فالاظهر شموله للممیز.

ثمّ انه ان لم یکن للصبی من هو کافل له شرعا، و لکن کان له العم او الخال او الخالة و نحوهم، فهل یجری علیه حکم اللقیط علی ما هو الظاهر من کلمات الفقهاء علی ما فیها من الاختلاف، ام لا فإن ذلک فی العرف لا یسمی لقیطا؟ و لعل الثانی اظهر، بل لو کان هناک متبرع بالکفالة و الحضانة لا یسمی لقیطاً فی العرف.

(۱) سورة یوسف آیة ۱۰.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۶۱

یشترط فی ملتقط الصبی التکلیف و الاسلام

شرائط ملتقط اللقیط

الثانی: فی ما یشترط فی ملتقط الصبی. لا خلاف ظاهراً فی اشتراط التکلیف بالبلوغ و العقل، فلا یصح التقاط الصبی و المجنون، لقصورهما عن الولایة و الحضانة و الانفاق و عدم اهلیتهما لشیء من تلکم، و هی من لوازم صحة الالتقاط. و حینئذ فیجوز الالتقاط من یدهما لمن له اهلیة و له ولایة لحفظه، لان التقاطهما کالعدم کما استوجهه الشهید الثانی. فما عن التذکرة من انه یخرج بذلک عن حکم اللقیط، و تکون الولایة للحاکم، فی غیر محله.

و ظاهر الاطلاق الماتن و کثیر اشتراط التکلیف خاصة، و عدم اعتبار الرشد. و استدل له بان السفیه محجور عن التصرف فی ماله و لیست حضانته مالا، و مجرد کونه مولی علیه لا یمنع عن ولایته.

و عن الدروس اشتراط الرشد، محتجا بان الشارع لم یأتمنه علی ماله فعلی الطفل و ماله اولی بالمنع، و بان الالتقاط ایتمان شرعی و

الشرع لم یأتمنه. و هو حسن، سیما و ان التقاطه یستلزم وجوب انفاقه و هو لا یجوز من السفیه، لانه تصرف مالی، اضف الیه عدم وجود اطلاق دال علی جواز التقاط کل احد، فالاظهر اعتبار الرشد.

و مما قالوا باشتراطه الاسلام اذا کان اللقیط محکوما بالاسلام، بل الظاهر عدم الخلاف فیه الا ما فی النافع من التردد فیه، و هو الظاهر من الشرائع. و هو الاظهر، فانه نوع سبیل وَ لَنْ یَجْعَلَ اللّهُ لِلْکافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلًا «۱» و ایضا انه لا یؤمن مخادعته عن الدین، و قد ورد فی النصوص تعلیل المنع عن تزویج العارفة

(۱) سورة النساء آیة ۱۴۱.

[...]

من المخالف بان المرأة تأخذ من ادب زوجها «۱».

و بما ذکرناه یظهر اختصاص ذلک بما اذا کان اللقیط محکوما بالاسلام، و ان کان محکوماً بالکفر فلا دلیل علی اعتبار الاسلام فی ملتقطة، و هو المشهور بین الاصحاب، و ربما یستدل له- مضافا الی اختصاص وجوه المنع بغیر الفرض- بقوله تعالی وَ الَّذِینَ کَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِیاءُ بَعْضٍ «۲».

و فی اعتبار العدالة فی الملتقط قولان، فعن الشیخ فی احد قولیه و المصنف ره فی التحریر و الارشاد و القواعد الاعتبار، و عن الاکثر عدمه، و عن المحقق الثانی التفصیل بین ما اذا کان له مال فالاول، و ما اذا لم یکن فالثانی.

وجه الاول: ان الالتقاط یفتقر الی الحضانة، و هی استئمان لا یلیق بالفاسق، و ایضا انه لا یؤمن ان یسترقه و یأخذ ماله.

وجه الثانی: الاصل، و ان المسلم محل الامانة مع انه لیس استیمانا حقیقیا، و فحوی جواز التقاط الکافر مثله.

و وجه الثالث: ان الخیانة فی المال امر راجح الوقوع.

و الاول اقوی، للسیرة، و اطلاق الادلة، و الاصل فی المسلم الائتمان و عدم فعل المحرم، و لذا ائتمنه الشارع فی کثیر من الامور کالطهارة و التذکیة و غیرهما. و لو کان له مال یخاف علیه یمکن الجمع بانتزاع الحاکم له منه.

هذا کله بلحاظ کونه فاسقا، و لو کان هناک جهة اخری فی الملتقط، و علم او ظن من القرائن استعماله فی الامور التی یخشی منها التلف، او کان یخشی علی عرضه

(۱) الوسائل باب ۱۱ من ابواب ما یحرم بالکفر و نحوه- من کتاب النکاح.

(۲) سورة الانفال آیة ۷۳.

و اذن المولی فی المملوک.

او علی دینه، فلا ینبغی التوقف فی عدم جواز التقاطه، و وجوب انتزاع الحاکم من یده و دفعه الی من یؤمن منه من جمیع ذلک.

و یعتبر ایضا اذن المولی فی المملوک.

الاحکام

اشارة

الثالث: فی الاحکام، و فیه مسائل.
الاولی: اللقیط تارة یلتقط فی دار الاسلام، و اخری یلتقط فی دار الکفر. و قد اطنب الاصحاب فی تفسیر دار الاسلام و دار الکفر، و تقسیم کل واحد الی اقسام، و کلماتهم مع ما بینها من الاختلاف لا یثبت بها شیء بعد عدم تعلیق الحکم علی دار الاسلام و دار الکفر، فان الحکم الذی یراد اثباته اما الحکم باسلامه او کفره، او بحریته أو رقیته.
اما الاول فقد مر فی کتاب الطهارة و الجهاد ان الصبی الممیز اسلامه او کفره باعتقاده و یکون مستقلا فی ذلک، و اما غیر الممیز فان کان احد ابویه مسلما فهو تابع له، و الّا فان کان السابی له مسلما یکون تابعا للسابی، و بدون ذلک لا یحکم باسلامه و لا بکفره. و بیّنا فی ذینک البابین ان حدیث الفطرة «۱» و الحدیث: الاسلام یعلو و لا یعلی علیه «۲» لا یدلان علی الحکم بالاسلام بمجرد احتمال الاسلام، و طریقیة دار الاسلام له و دار الکفر له مما لم یدل علیه دلیل.

---

(۱) اصول الکافی ج ۲ ص ۱۳ من طبعه طهران.
(۲) الوسائل- باب ۱ من ابواب موانع الارث حدیث ۱۱.
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۶۴
فان کان فی دار الاسلام فهو حر، و الا فرق و وارث الاول الامام مع عدم الوارث و هو عاقلته. و لو بلغ رشیدا فاقر بالرقیة قبل

و أما الثانی فمقتضی اطلاق الاخبار المتقدمة عدم الحکم بالرقیة مطلقا.
فما فی المتن فان کان فی دار الاسلام فهو حر و الا فرق غیر ظاهر الوجه. و دعوی ان الاخبار خطابات للمسلمین و فی بلادهم کما فی الریاض، من الغرائب، فان کان هناک اجماع یقید به اطلاق النصوص، و الا فالمتجه هو الحکم بالحریة مطلقا.
الثانیة: و وارث الاول ای الحر الامام مع عدم الوارث، لان الامام وارث من لا وارث له کما سیأتی و هو عاقلته عندنا کما فی المسالک، اذا لم یکن له نسب و لم یکبر فیتوالی احدا علی وجه یکون ضامنا لجریرته، لان میراثه له.
الثالثة: و لو بلغ رشیداً فأقر بالرقیة قبل لعموم قاعدة الاقرار.

حکم نفقة اللقیط

الرابعة: فی نفقته. فالمعروف بین الاصحاب ان الواجب علی الملتقط حضانته بالمعروف، و هو تعهده و القیام بضرورة تربیته بنفسه او بغیره. و لا یجب علیه الانفاق من ماله ابتداء، للاصل، و لما دل من النصوص «۱» علی حصر من یجب انفاقه فی اصناف لیس اللقیط منهم، و للاجماع الذی ادعاه المصنف ره فی محکی التذکرة.
فحینئذ ان کان للصبی مال ینفق علیه منه باذن الحاکم الشرعی، لاصالة عدم جواز التصرف فی ماله بغیر اذنه او اذن ولیّه، و لان ذلک من وظائف حکم الجور، و قد دلت النصوص «۲» علی ان ما هو من وظائفهم ثابتة لحکام الشرع.

---

(۱) الوسائل باب ۱۱ من ابواب النفقات کتاب النکاح.
(۲) الوسائل باب ۱۱ من ابواب صفات القاضی من کتاب القضاء.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٣۶۵

و ينفق عليه السلطان، فان تعذر فبعض المؤمنين، فان تعذر انفق الملتقط و يرجع عليه مع نيته لا بدونها

و ان لم يكن له مال، فان وجد سلطان يستعان به على نفقته من بيت المال أو الزكاة ينفق عليه السلطان وجوبا مع عدم متبرع بلا خلاف، و ما عن المقنعة و النهاية من التعبير بلفظ ينبغى يراد منه الوجوب، لان بيت المال معد لمصالح المسلمين.

فان تعذر السلطان، و لم يوجد من ينفق عليه من الزكاة، او ما اعدّ لمثله، او ما كان يصح صرفه فيه، ف المعروف بينهم انه ان تعذر ينفق عليه بعض المؤمنين الذين منهم الملتقط، و فى الجواهر: بلا خلاف اجده فيه، و استدل له بان بذل النفقة لمثله واجب على الكفاية، لانه دفع ضرورة مع التمكن.

قالوا: فان تعذر انفق الملتقط و يرجع عليه مع نيته لا بدونها.

و ما افاده من هذا الترتيب ينافيه نصوص الباب، لاحظ قوله عليه السلام فى خبر المدائنى المتقدم: فان طلب منه الذى رباه النفقة و كان موسراً ردّ عليه، و ان كان معسرا كان ما انفق عليه صدقة «١» و قوله عليه السلام فى صحيح محمد بن احمد: و لكن تستخدمها بما انفقت عليها «٢» و نحوهما غيرهما.

فان المستفاد منها جواز ان ينفق عليه الملتقط بنية الرجوع عليه بعد البلوغ و اليسار، أو لان يستخدمه، و مقتضى اطلاقها جواز ذلك حتى مع وجود السلطان المنفق، و هذا مما تقتضيه القاعدة، اذ الوجوب على المسلمين من باب رفع حاجة المحتاج لا يوجب التبرع.

و ان شئت قلت: ان وجوب الانفاق على المسلمين تبرعا، حكم شرعى موقوف

---

(١) الوسائل- باب ٢٢ من ابواب اللقطة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢٢ من ابواب اللقطة حديث ۴.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٣۶۶

و لو كان له اب او جد او ملتقط قبله اجبر على اخذه

على الدليل و لا دليل عليه، واصل البراءة يقتضى عدمه. بل يمكن ان يقال: انه لا يجب على السلطان الانفاق عليه تبرعا بمقتضى القاعدة ايضا، لان كون بيت المال معداً لصالح المسلمين لا يقتضى الانفاق تبرعا، بل له ان ينفق عليه قرضا، و يرجع عليه بعد بلوغه و يساره.

فالمتحصل مما ذكرناه ان الواجب هو الانفاق عليه و لو بعنوان القرض، فان وجد سلطان فهو احقّ بذلك لان بيت المال معدّ لذلك و امثاله، و الا فالملتقط و غيره على حد سواء. نعم، ان وجد من ينفق عليه من الوجوه المنطبقة عليه او تبرعا، ليس للملتقط الانفاق عليه بقصد الرجوع عليه، لان ذلك و ان كان منافيا للاطلاق فى بادى النظر، لكنه بعد ملاحظة فتوى الاصحاب و المنساق الى الذهن من النصوص. يظهر عدم المنافاة.

و لم يخالف فى جواز الرجوع عليه بعد البلوغ سوى الحلى، محتجا له بالاصل، و قاعدة لا ضرر و لا ضرار «١». و لكن الاصل يخرج عنه بالنصوص المتقدمة، و معها لا وجه للرجوع الى قاعدة لا ضرر، اضف اليه انه لا ضرر فى أخذ عوض ما انفقه عليه.

ثمّ ان ظاهر خبر المدائنى كون النفقة صدقة مع الاعسار، و لم يجد صاحب الجواهر ره عاملا به، و لذلك حمله بعضهم على ارادة جواز احتسابه زكاة من سهم الفقراء او الغارمين.

و لو كان له اى للقيط اب اوجد او ملتقط قبله لا يكون محكوما بحكم اى للقيط و اجبر على اخذه كما مر.

(۱) الوسائل باب ۱۷ من ابواب الخیار.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۶۷

واخذ اللقیط واجب علی الکفایهٔ، و هو مالک لما یده علیه.

عدم وجوب اخذ اللقیط

و الخامسهٔ: قال الشیخ و المصنف ره و تبعهما غیرهما: اخذ اللقیط واجب علی الکفایهٔ، و فی المسالک نسبته الی اکثر الاصحاب تارهٔ، و إلی معظمهم اخری. و فی الشرائع و النافع و الجواهر البناء علی الاستحباب. و عن اللمعهٔ و الدروس التفصیل بالوجوب مع الخوف علیه، و لاستحباب مع عدمه، و استوجهه فی المسالک، و الظاهر انه یرجع الی القول الثانی، لان الکلام فی الالتقاط من حیث هو لا فیما اذا توقف علیه حفظ النفس، و الّا فلا یظن باحد ان یشک فی الوجوب حینئذ، و لا یختص ذلک بالالتقاط بل الحکم ذلک حتی فی الکبر.

و علی هذا، ففی المسألهٔ قولان: الوجوب، و الاستحباب. و الاظهر هو الثانی، لعدم الدلیل علی الوجوب، و الاصل یقتضی عدمه. و الاستدلال للوجوب بانه تعاون علی البر، و بانه دفع لضرورهٔ المضطر، غیر تام، اذ التعاون علی البر لا- یکون واجبا باطلاقه قطعا، و اخراج الموارد الثابت فیها عدم الوجوب عن تحت الدلیل مستلزم لاخراج الاکثر المستهجن، فالمتعین حمل دلیله علی الاستحباب، و کونه دفع ضرورهٔ المضطر قد عرفت عدم ربطه بما هو محل البحث.

السادسهٔ: و هو ای اللقیط بعد الحکم بحریته مالک لما یده علیه کما فی الکبیر، و یده کید البالغ امارهٔ الملکیهٔ، لان له اهلیهٔ الملک و التملک، کما صرح به الشیخ و المحقق و المصنف و الشهیدان و غیرهم، و فی الجواهر: بل لا أجد فیه خلافا بین من تعرض له، بل عن المبسوط نفی الخلاف فیه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۶۸

و یکره اخذ الضوال

احکام الضوال

الموضع الثانی: فی الضوال

اشارهٔ

- جمع ضالهٔ- و هی کل حیوان مملوک ضائع اخذ و لا ید محترمهٔ علیه. لا اشکال و لا خلاف فی انه (یکره اخذ الضوال) فی صورهٔ الجواز، و فی المسالک: واخذه حیث یجوز مکروه کراههٔ شدیدهٔ. و استدل لها فی المسالک و الریاض بالنبوی: لا یئوی الضالهٔ الا الضال «۱» و بالخبرین: لا یأکل من الضالهٔ الا الضالون «۲».

و حیث ان الاول ضعیف السند عند سید الریاض، و الخبرین لا یدلان علی حکم الاخذ بل هما متضمنان لحکم الاکل، فلذا استشکل فی الریاض اولا فی الحکم، ثمّ قال: و فی الفتاوی و الخبر الاول کفایهٔ لجواز التسامح فی امثال المقام.

و یرده اولا: ما تقدم منا مرارا من ان التسامح انما هو فی ادلة السنن و المستحبات لا فی المکروهات.

و ثانیا: ان النبوی لا ضعف فی سنده، فانه رواه الصدوق ره، قال: و من الفاظ رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله لا یئوی الخ. و قد اشرنا مکررا الی ان المرسل اذا کان ثقة، و نسب الخبر الی المعصوم جزماً لا بنحو روی و شبهه، یکون ذلک الخبر حجة، لان نسبته جزما الیه کاشفة عن ثبوت صدوره عنه عنده، فهو فی حکم توثیق الواسطة او الوسائط، و علی هذا فهو قوی السند و ظاهر الدلالة.

و یشهد بها- مضافا الی ذلک- النصوص الناهیة عن اخذ اللقطة، کصحیح

(۱) الوسائل باب ۱ من کتاب اللقطة حدیث ۱۰.

(۲) الوسائل باب ۱ من کتاب اللقطة حدیث ۵- ۷.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۶۹

الا مع التلف،

الحلبی عن الامام الصادق علیه السلام فی حدیث فی اللقطة، قال: و کان علی بن الحسین علیه السلام یقول لاهله: لا تمسّوها «۱» و نحوه غیره، فانها و ان کانت فی اللقطة- و هی المال غیر الحیوان کما یأتی- الا انها بالفحوی تدل علی المقام.

و صحیح معاویة بن عمار عنه علیه السلام عن رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فی الشاة الضالة: و ما احبّ ان امسّها «۲» و مثله صحیح هشام «۳».

و علی هذا فلا اشکال فی الکراهة الا مع التلف اذا لم یلتقطه، فانه یجوز الاخذ بلا کراهة، کما صرح به المصنف و غیره.

و استدل له بان نصوص الکراهة منصرفة عن هذه الصورة، و بالاخبار المتضمنة لقوله علیه السلام: هی لک او لاخیک او للذئب «۴» بدعوی انه یرغب فی اخذ الضالة التی هی فی معرض التلف، علی معنی انک ان اخذتها و لم تعرف مالکها بعد التعریف تکون لک، و ان عرفته فقد حفظت مال اخیک المؤمن، و ان لم تأخذها اکلها الذئب أو اخذها غیر الأمین الذی هو بمنزلة الذئب، و لعله لذا حکی عن المبسوط استحباب اخذها اذا کان امیناً فی مفازة او فی خراب او فی عمران.

و لکن الانصراف ممنوع، و قوله علیه السلام متصلا بالقول المتقدم فی الاخبار: و ما احبّ ان امسّها، یدفع التقریب المذکور لدلالة الاخبار علیه، و وجوب حفظ المال عن التلف قد مر ما فیه. فاذاً مقتضی اطلاق النصوص الکراهة حتی مع خوف

(۱) الوسائل باب ۱ من کتاب اللقطة حدیث ۱.

(۲) الوسائل- باب ۱۳ من کتاب اللقطة حدیث ۶.

(۳) الوسائل باب ۱۳ من اللقطة حدیث ۱.

(۴) الوسائل باب ۱۳ من اللقطة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۷۰

فلا یؤخذ البعیر فی کلأ و ماء

التلف.

اللهم الا- ان یقال: ان حفظ مال الغیر و ان لم یکن واجبا لکن لا ریب فی حسنه، لانه احسان الیه، کیف و قد دلت الاخبار «۱» علی جواز الحلف کاذبا لحفظ مال الغیر، فانها و ان کانت فیما لو کان مال الغیر تحت الید، الا انه لا شبهة فی استفادة مطلوبیة حفظ مال

الغیر مطلقـا منها، و هـذا ان لم یوجب الاسـتحباب و لکن لا ریب فی کونه موجبا لرفع الکراهـة، فلا شـبهة فی عـدم الکراهـة فی هـذه الصورة.

لا یؤخذ البعیر اذا وجد فی کلأ و ماء

و تمام الکلام فی هذا الموضع بالبحث فی مسائل:

الاولی: ان الحیوان الذی یوجد لا یخلو من کونه بعیرا، او شاة، او غیرهما، ف الکلام فی فروع:

۱- لا یؤخذ البعیر اذا وجد فی کلأ و ماء یتمکن من التناول منهما، بلا خلاف، و عن صـریح غایة المراد و ظاهر الکفایة الاجماع علیه. و النصوص شاهـدة به، لاحظ صـحیح هشام بن سالم- او حسـنه- عن الصادق علیه السـلام: جاء رجل الی رسول اللّه صـلّی اللّه علیه و آله فقال: یا رسول اللّه انی وجـدت شاة؟ فقال رسول اللّه: هی لک أو لاخیک أو للـذئب. فقال: یا رسول اللّه انی وجدت بعیرا؟ فقال: معه حذائه و سقائه، حذائه خفه، و سقائه کرشه، فلا تهجه «۲».

---

(۱) الوسائل باب ۱۲ من کتاب الایمان.

(۲) الوسائل- باب ۱۳ من کتاب اللقطة حدیث ۱.

]...[

و صـحیح معاویة بن عمار عنه علیه السلام: ان رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم سئل عن البعیر الضال، فقال صلّی اللّه علیه و آله: ما لک و له، خفه حذائه، و کرشه سقائه، خل عنه «۱» و نحوهما غیرهما.

و مع ذلک فهو مقتضـی القاعدة ایضاً، لعدم جواز اثبات الید علی مال الغیر بغیر رضاه، او السـبب المرخص فیه، المفقودین فی المقام، لان مالکه غیر معلوم، و البعیر مصون عن السـباع بامتناعه مسـتغن بالرعی، فلو اخذه و الحال هذه ضـمنه بلا خلاف و لا إشکال، لعموم علی الید.

قال الشـهید الثانی ره فی محکی الروضـة: لا یجوز اخـذه حینئـذ بنیـة التملک مطلقا، و فی جوازه بنیة الحفظ لمالکه قولان، من اطلاق الاخبار بالنهی و الاحسان، و علی التقدیرین یضـمن بالاخذ. و ظاهره الضمان حتی علی القول بان أخذه احسان و تجویزه، و وجّهه فی الجواهر بالعموم المزبور الذی لا تنافیه قاعدة الاحسان، المراد منها ما حصل فیه الاحسان لاما قصد و لم یحصل.

و تنقیـح القول ان جواز اخذ ما یحرم التقاطه بعنوان الحفظ، قد اختاره فی محکی التذکرة، و لا وجه له بعد اطلاق النصوص المتقدمة. و لا مورد لقاعـدة الاحسان، فانها فی موارد جواز وضع الیـد حتی یتمحض فی الاحسان، کما لو علم من حال صاحبه الرضا بوضع الید علی ماله لایصاله، لا فی مثل الفرض الذی یحرم ذلک کما هو مقتضـی القاعدة و اطلاق الاخبار، بل مقتضـی الاحسان ترک التعرض له حتی یجده، فان الغالب ان من اضلّ شـیئا یطلبه حیث یضـعه، فاذا اخذه غیره ضاع عنه، فلا توقف فی عدم الجواز. و اما الضـمان مع القول بجوازه، فتنافیه قاعدة الاحسان المخصصة

---

(۱) الوسائل باب ۱۳ من اللقطة حدیث ۵.

و یؤخذ فی غیره اذا ترک من جهد و یملکه الاخذ.

لقاعدة علی الید.

و یرد ما افاده صاحب الجواهر ره: ان الفعل اذا صدر بقصد عنوان حسن یتصف بالحسن، و ان لم یتحقق مبدأ ذلک العنوان فی الخارج، مثلا ضرب الیتیم بقصد التأدیب حسن و ان لم یتأدب، و الکذب بقصد انجاء المؤمن حسن و ان لم یترتب علیه نجاته، بل تمام المناط لاتصاف الفعل بالحسن هو ذلک لا الوجود الواقعی، فضرب الیتیم لا بداعی التأدیب قبیح و ان تأدب. و علیه ففی المقام علی فرض تسلیم شمول قاعدة الاحسان، لا بدّ من البناء علی عدم الضمان اذا اخذه بقصد الحفظ لمالکه و ایصاله الیه و ان تلف قبل الوصول الیه.

هذا کله فیما اذا وجد فی کلأ و ماء، و الا فیجوز ان (یؤخذ فی غیره اذا ترک من جهد) و عطب، لمرض او کسر او غیرهما، و یملکه الاخذ حینئذ علی الاظهر الاشهر بل علیه عامة من تأخر، کذا فی الریاض. و لکن صاحب الجواهر ینکر صحة نسبة ذلک الی الاصحاب، قال: لا أظن بارادة الاصحاب ذلک حتی یکون جابرا، لان تعبیر المعظم: لو ترکه من جهد و نحوه، مما هو ظاهر فی غیر اللقطة.

و ملخص الکلام: ان البعیر المزبور ربما یعرض صاحبه عنه و یترکه، و ربما یضیع منه، و محل الکلام هو الثانی. و حیث ان فی المقام نصوصاً یمکن استفادة الحکم منها فلا بد من ملاحظتها، لاحظ صحیح عبد اللّه بن سنان عن الامام الصادق علیه السلام: من اصاب مالًا او بعیراً فی فلاة من الارض، قد کلت و قامت و سیّبها صاحبها مما لم یتبعه، فأخذها غیره فاقام علیها و انفق نفقته حتی احیاها من الکلال و من الموت، فهی له و لا سبیل له علیها، و انما هو مثل الشیء المباح «۱».

(۱) الوسائل باب ۱۳- من کتاب اللقطة- حدیث ۲.

]...[

و قد یقال انه مختص بالصورة الاولی و لا یشمل ما نحن فیه، لقوله: و سیبها، و لجعله کالمباح. و لکن الموجود فی بعض النسخ «نسیها» بدل «سیبها» و هو انسب بما فیه من الظهور، فی ان احیاء الحیوان الذی هو فی غیر ماء و لا کلاء و قد اصابه الجهد و الکلال سبب لتملک الحیوان المزبور، سواء کان اعرض عنه ام لا، مع ان الحمل علی صورة الاعراض حمل علی الفرد النادر جدا، فان البعیر الذی یوجد و لا یعرف صاحبه کیف یمکن احراز الاعراض عنه، فالمتعین البناء علی العموم. و اما جعله کالمباح، فلو لم یدل علی الاختصاص بمحل الکلام نظراً الی جعله کالمباح لا مباحا، و المعروف صیرورته مباحا بالاعراض، لما دل علی الاختصاص بصورة الاعراض، فالانصاف شمول الصحیح لما هو محل الکلام.

و خبر مسمع عن مولانا الصادق علیه السلام: ان امیر المؤمنین علیه السلام کان یقول فی الدابة اذا سرحها اهلها او عجزوا عن علفها او نفقتها فهی للذی احیاها، قال: و قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی رجل ترک دابة بمضیعة، فقال علیه السلام: ان کان ترکها فی کلأ او ماء و امن فهی له یأخذها متی شاء، و ان کان ترکها فی غیر کلأ و لا ماء فهی لمن احیاها «۱». و اعمیته من الاعراض واضحة، و بضمیمة ان احراز انه هل ترکها او ضاع عنها غیر ممکن غالبا، و قوله بمضیعة و عدم القول بالفصل بین صورة احراز الترک و احتمال الضیاع، یثبت الحکم فی مورد الضیاع ایضاً.

و خبر السکونی عنه علیه السلام: ان أمیر المؤمنین علیه السلام قضی فی رجل ترک دابته من جهد، فقال علیه السلام: ان کان ترکها فی کلأ و ماء و امن فهی له یأخذها حیث اصابها، و ان ترکها فی خوف و علی غیر ماء و لا کلإ فهی لمن اصابها «۲»

(۱) الوسائل باب ۱۳ من اللقطة حدیث ۳.

(۲) الوسائل باب ۱۳ من کتاب اللقطة حدیث ۴.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۷۴

]...[

و تقریب الاستدلال به کسابقه. فالحکم خال عن الاشکال.

و لا یخفی ان الظاهر من النصوص- کما افاده سید الریاض- اعتبار الامرین من الترک من جهد و فی غیر ماء و لا کلإ معا. فلو انتفی احدهما بان ترک من جهد فی کلأ و ماء، او من غیر جهد فی غیرهما، او انتفی کل منهما، لم یجز الأخذ، و علیه الاجماع فی بعض الکتب. فما عن بعض من کفایة احدهما، ضعیف.

ثمّ لو کانت الفلاة مشتملة علی احد الامرین من الماء و الکلأ، فهل هی بحکم عادمتهما، ام بحکم مشتملتهما؟ وجهان، مقتضی مفهوم صدر الخبرین الاول، و مقتضی مفهوم ذیلهما الثانی، و یؤید الاول عدم قوام الحیوان بدونهما. فما افاده الشهید الثانی من اختیار الاول اظهر.

و النسبة بین هذه النصوص و بین النصوص المانعة عن الاخذ عموم مطلق، فیقید اطلاقها بها. فما عن ابن حمزة من عدم جواز الاخذ فی هذه الصورة، التفاتا منه الی المنع عنه فی النصوص المتقدمة، ضعیف.

ثمّ اذا اخذها و تملکها، فلا اشکال فی عدم الضمان و لا خلاف، لظاهر النصوص المتقدمة. نعم، عن القواعد فی ردّ العین مع طلب المالک اشکال، بل عن الایضاح انه الاقوی، و لعل وجهه اطلاق قول ابی جعفر علیه السلام فی خبر ابی بصیر: من وجد شیئا فهو له فلیتمتع به حتی یأتیه طالبه، فاذا جاء طالبه ردّه الیه «۱» بناء علی شموله لمثل المقام.

و اجاب عنه فی الجواهر بان اقصاه کون التعارض بینهما من وجه، و لا ریب فی ان الترجیح للاول من وجوه.

(۱) الوسائل باب ۴ من ابواب کتاب اللقطة حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۷۵

و تؤخذ الشاة فی الفلاة

و اورد علیه بانه لا تعارض بینهما، فان خبر ابی بصیر ایضاً متضمن لکونه له، و لیس مفاد النصوص المتقدمة غیر ذلک، فلا معارض للخبر بالنسبة الی وجوب الرد.

و لکن یمکن دفع ذلک بان التفصیل فی خبری السکونی و مسمع بین ترکها فی کلا و ماء فله اخذها، و بین ترکها فی غیر ذلک فهی لمن اصابها، ظاهر فی ارادة الملکیة اللازمة، و الّا فله أخذها فی المورد الثانی ایضاً، و لغی التفصیل من هذه الجهة، بل قوله علیه السلام فی الصحیح: فهی له و لا سبیل له علیها، ظاهر فی انه لیس له الفسخ و الرد. فما افاده فی الجواهر تام، و تقدم نصوص الباب للشهرة التی هی اول المرجحات.

حکم الشاة الملتقطة

۲- و تؤخذ الشاة ان وجدت فی الفلاة التی یخاف علیها من السباع جوازا، بلا خلاف ظاهر، بل عن التذکرة علیه الاجماع. و یشهد به

جملة من النصوص المتقدم بعضـها، المتضمنة لقوله صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: هی لک او لأخیک او للذئب «۱» و ما ذکروه من انها لا تمتنع من صغیر السباع، فهی معرضة للتلف فکانت بحکم التالفة.

ثمّ انه بعـد اخـذها یتخیّر بین ان یحفظها لمالکها و دفعها الی الحاکم- و لا ضـمان فیهما اجماعا، لانه فی الاول امین اذ الشارع رخص فی الأخذ، و فی الثانی الحاکم ولی الغائب، فالدفع الیه کالدفع الی المالک. و بین ان یتملکها بلا خلاف، و النصوص المتقدمة شاهدة به، و لا یعارضها ما دل علی انه یحبسها عنده ثلاثة ایام فان جاء

---

(۱) الوسائل باب ۱۳ من ابواب کتاب اللقطة.

مضمونة.

صاحبها و الا تصدق بثمنها عن صاحبها، لما سیأتی.

و هـل هی مضـمونة علی تقـدیر التملـک کمـا عن الاـکثر- مطلقـا او مع ظهور المالـک- بل هو المشـهور بینهم، ام لا؟ قولان. یشـهد للاول- مضافا الی اطلاق خبر ابی بصـیر المتقدم: من وجد شیئا فهو له فلیتمتع به حتی یأتیه طالبه، فإذا جاء طالبه رده الیه- صحیح علی بن جعفر عن اخیه علیه السـلام عن رجـل اصاب شاة فی الصـحراء، هل تحل له؟ قال: قال رسول اللّه صـلی اللّه علیه و آله: هی لک او لأخیک او للـذئب، فخـذها فعرفها حیث اصـبتها، فان عرفت فردّها الی صاحبها، و ان لم تعرف فکلها و انت ضامن لها ان جاء صاحبها یطلب ثمنها ان تردّها علیه «۱» و لا ینافی ذلک ما دل علی التملک، فان الجمع بینهما یقتضی البناء علی التملک بعوض.

و هل التملک لها قبل تعریف السنة، ام بعده؟ قولان:

وجه الاول: اطلاق الصحاح المتقدمة المتضمنة لجواز التملک من دون تقیید له.

و وجه الثانی: الاصل، و عموم الامر بالتعریف فی اللقطات، و ظاهر صـحیح علی ابن جعفر المتقدم، و صـحیحه الآخر عنه علیه السـلام عن الرجل یصـیب اللقطة دراهم او ثوبا او دابة، کیف یصنع؟ قال علیه السلام: یعرفها سنة، فان لم یعرف صاحبها جعلها فی عرض ماله حتی یجیء طالبها فیعطیها ایاه، و ان مات أوصی بها، فان اصابها شیء فهو ضامن «۲» فتأمل.

و الثـانی اظهر، لان اکثر ما ذکر فی وجهه و ان کانت مخدوشـة- اذ الاصل لا یرجع الیه مع الـدلیل. و الامر بالتعریف فی اللقطات انما هو فی لقطة الاموال غیر

---

(۱) الوسائل باب ۱۳ من کتاب اللقطة حدیث ۷.

(۲) الوسائل- باب ۲ من کتاب اللقطة حدیث ۱۳.

[...]

الضوال، بحکم الانصـراف و السیاق و الصحیح الثانی لابن جعفر ظاهر فی عدم التملک اصلا، سیما و فی نسخة الوسائل «حفظها» بدل «جعلها» - و لکن فی الصـحیح الاول کفایـة، و لا یعارضه اطلاق الصـحاح المتقدمة فانه یقید به، کیف و قد جمع فی الصـحیح بین ما تضمنته تلک النصوص و بین الأمر بالاکل و التملک بعد التعریف.

و یمکن ان یستدل له بصحیح صفوان عن ابی عبد اللّه علیه السلام: من وجد ضالة فلم یعرفها، ثمّ وجدت عنده فانها لربها «۱».

فلا توقف فی ان التملک انما هو بعد التعریف سنة، و فی الصحیحین و ان لم یصرح بسنة الا انه من المعلوم ان التعریف فی هذا الباب هو التعریف سنة، و اطلاق التعریف فیهما منزل علی ما هو المعلوم ثبوته بنصوص اخر و لو فی لقطة الاموال.

و أما خبر ابن ابی یعفور عنه علیه السلام: جاء رجل من المدینة فسألنی عن رجل اصاب شاة، فأمرته ان یحبسها عنده ثلاثة ایام و یسأل عن صاحبها، فان جاء صاحبها و الّا باعها و تصدق بثمنها «۲» فقد حمله الاصحاب علی ما اذا اخذت من العمران او المساکن المأهولة و ما هو قریب منها، بحیث لا یخاف علیها من السباع، جمعاً. و فی الریاض: و ظاهرهم الاطباق علی العمل به حینئذ، فبه ینجبر ضعف سنده، و یختص الحکم بمورده و هو الشاة، و قد مران اطلاقه من حیث أخذه من العمران او الفلاة یقید بالنصوص المتقدمة، و لیس فی الخبر دلالة علی جواز الأخذ، ففی ذلک یرجع الی القواعد، و هی تقتضی عدم جواز الاخذ ما لم یخف التلف او النهب کما مر.

---

(۱) الوسائل باب ۱۴ من کتاب اللقطة حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۱۳- من کتاب اللقطة حدیث ۶.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۷۸

[...]

حکم الحیوان غیر البعیر و الشاة

۳- اذا وجد غیر البعیر و الشاة فی الفلاة، فان کان دابة فهی ملحقة بالبعیر بلا خلاف، و خبرا السکونی و مسمع شاهدان بالالحاق. و اما البقرة و الحمار، فعن الشیخ و الحلی و المحقق و غیرهم الالحاق، و هو الاظهر.

اما المنع لو وجدا فی کلأ و ماء، فلانه مقتضی القاعدة، اضف الیه ما فی المسالک: مشارکتهما للدابة فی العدو و الامتناع من صغیر السباع، و کون المفهوم من فحوی المنع من اخذ البعیر و هو قدرته علی الامتناع مما یملکه المساواة. و اما الجواز فیما لو وجدا فی غیر ماء و لا کلإ، فلإطلاق قوله علیه السلام فی صحیح ابن سنان: من اصاب مالًا أو بعیراً فی فلاة من الارض ... الخ.

و ان کان الحیوان الموجود ما لا یمتنع من صغیر السباع- کأطفال الابل و البقر و الخیل و الحمیر و الدجاج و الاوز. و ما شاکل- فالمشهور الحاقه بالشاة فی حکمها، و عن التذکرة نسبته الی علمائنا، و هو الحجة فیه، و یؤیده ان المستفاد من النصوص الواردة فی البعیر و الشاة ان المدار علی الامتناع و الاستغناء حتی یأتی صاحبه و عدمه. و بما ذکرناه یظهر حکم ما لو کان من قبیل الغزلان و الیحامیر و ما شابههما اذا ملکت ثمّ ضلت، و انها تلحق بالبعیر، لانها تمتنع عن السباع بسرعة العدو، و تستغنی بالرعی فی الفلاة، فما ذکرناه فی البقرة جار فیها.

ثمّ ان هذا کله فی الضالة فی الفلاة، و هی الارض غیر المأهولة. و اما لو وجدت فی العمران الذی هو المأهول، فلا یحل اخذها ممتنعة کانت او غیر ممتنعة، للاصل- و هو عدم جواز وضع الید علی مال الغیر بغیر رضاه- و فی العلل المذکورة فی النصوص

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۷۹

و ینفق مع تعذر السلطان و یرجع بها،

اشارة الیه، و صحیحا صفوان و علی بن جعفر المتقدمان المتضمنان لبیان تعریف الضالة لا یدلان علی الجواز، لعدم کونهما فی مقام البیان من هذه الجهة و قد خرج عن ذلک الشاة، و قد مر الکلام فیها.

حکم ما ینفق علی الضالۀ

الثانیۀ: و لو اخذ الضالۀ علیه ان ینفق علیها مع تعذر السلطان بل و مع امکانه، لانه ان لم یکن الأخذ جائزا فهو غاصب و یجب علیه حفظها لیردها علی المالک، و الانفاق من مقدمات الحفظ، و ان کان جائزا فهی امانۀ شرعیۀ فی یده و یجب حفظ الامانۀ من التلف، و ان اخذها و تملکها فی ما کان جائزا فهی مملوکته و انفاق المملوک واجب. و علی التقادیر لا وجه للتقیید بصورۀ تعذر السلطان.

و لو انفق علیها، فهل یرجع بها علی المالک ام لا؟ الظاهر هو الثانی فی مورد عدم جواز الاخذ، لان الانفاق لیس بأمر المالک و لا إذنه و لا ـ إذن من الشارع الاقدس، و مجرد عود نفعه الی المالک لا ـ یوجب ضمانه لها. اضف الیه انه مع عدم جواز الاخذ یکون غاصبا، و قد صرح فی صحیح ابی ولاد بان الغاصب لا یرجع، قال قلت له: جعلت فداک، فقد علفته بدراهم فلی علیه علفه؟ قال علیه السلام، لا لأنک غاصب «۱».

و الاول فی مورد جوازه، لمفهوم الصحیح، فان المستفاد منه ان غیر الغاصب له الرجوع بما انفق علی الضالۀ، و لقوله علیه السلام فی خبر علی بن جعفر: انما یحل

---

(۱) الوسائل باب ۷ من کتاب الغصب حدیث ۱.

و لو انتفع تقاص. و اذا حال الحول علی الضالۀ و نوی الاحتفاظ فلا ضمان، و لو نوی التملک

له بیعها بما انفق علیها، «۱» و قریب منه غیره، حیث انه یدل علی جواز البیع لاخذ ما انفق علیها. فالمتحصل انه مع اذن الشارع فی الاخذ، او العلم برضا المالک به، یرجع فیما انفق علیها، و لا یرجع بدون ذلک.

و ان کان للضالۀ نفع- کالظهر و الرکوب او اللبن- فان کان یجوز له اخذها جاز الانتفاع به فی مقابلۀ الانفاق، بلا خلاف، و یعضده صحیح محمد بن احمد عن الامام الصادق علیه السلام عن اللقیطۀ: لا تباع و لا تشری، و لکن تستخدمها بما انفقت علیها «۲».

انما الخلاف فی کیفیۀ الاحتساب، ففی المتن (و لو انتفع تقاص) و نحوه ما فی الشرائع و النافع، بل فی الجواهر: هو خیرۀ جمیع من تأخر عن المصنف. و عن الشیخ فی النهایۀ: کان ذلک بازاء ما انفق. و کل من القولین مخالف للقاعدۀ:

اما الاول، فلان المقاصۀ مشروطۀ بشروط ذکرناها فی کتاب القضاء، و لم یعتبر احد شیئا منها فی المقام.

و أما الثانی، فلان وقوع المعاوضۀ بین مال المالک الغائب و ما ینفق علیه خلاف القواعد.

و لکن الذی یسهل الخطب معلومیۀ ان له الانتفاع، و لا ثمرۀ للنزاع فی انه هل هو بعنوان المعاوضۀ او المقاصۀ.

الثالثۀ: و اذا حال الحول علی الضالۀ و نوی الاحتفاظ فلا ضمان کما مر، بل عرفت انه لا ضمان مع نیۀ الاحتفاظ فی اثناء الحول ایضا.

و لو نوی التملک

---

(۱) الوسائل باب ۲ من کتاب اللقطۀ حدیث ۸.

(۲) الوسائل- باب ۲۲ من کتاب اللقطۀ حدیث ۴.

ضمن.

ضمن کما تشهد به النصوص علی ما مر، فراجع.

حکم لقطة المال الصامت

اشارة

الموضع الثالث: فی لقطة المال الصامت. و هی لغة و عرفا: کل مال غیر الحیوان ضائع، و لا ید لأحد علیه، و لو کانت هی ید ملتقط سابق. و بالقید الاخیر یخرج المال الضائع الذی سبقت علیه ید الالتقاط، کما انه باعتبار الضیاع یخرج غیر اللقطة من افراد المال المجهول مالکه.

و ان شئت قلت: ان المجهول مالکه الذی لا ید لأحد علیه تارة یکون ضائعا عن مالکه مثل ما یوجد فی الطریق و شبهه، و اخری لا یکون ضائعا منه مثل ما یؤخذ من ید السارق و الغاصب و ما جعل امانة ثمّ فقد مالکه و ما شاکل. و الاول هو اللقطة بالمعنی الاخص، و الثانی هو مجهول المالک، فالفرق بین العنوانین هو اعتبار صدق اسم الضیاع و لو بشاهد الحال من المالک فی اللقطة دون مجهول المالک، بل قیل ان الاصل عدم ترتب احکام اللقطة مع عدم تحقق اسم الضیاع.

اما مجهول المالک، فقد اشبعنا الکلام فیه فی المکاسب المحرمة، و بینا هناک ان الاظهر فیه تعیّن الصدقة، و ذکرنا عدم اعتبار اذن الحاکم، و ان مصرفها الفقراء و یجوز اعطائها الهاشمی.

و الکلام فی المقام فی خصوص اللقطة، و تمام البحث فیها فی طی مسائل.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۸۲

و یکره اخذ اللقطة،

یکره اخذ اللقطة

الاولی: (و یکره اخذ اللقطة) مطلقا فی مورد جوازه، کما مر فی الموضع الثانی، و تشهد به نصوص کثیرة:

کصحیح محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام عن اللقطة، قال علیه السلام: لا ترفعها، فان ابتلیت بها فعرفها سنة «۱» الحدیث.

و صحیح علی ابن جعفر عن اخیه علیه السلام فی حدیث، قال: و کان علی بن الحسین یقول لاهله: لا تمسّوها «۲».

و مرسل الصدوق، قال الصادق علیه السلام: افضل ما یستعمله الانسان فی اللقطة، اذا وجدها ان لا یأخذها و لا یتعرض لها، فلو ان الناس ترکوا بما یجدونه لجاء صاحبه فأخذه، و ان کانت اللقطة دون درهم فهی لک «۳» الحدیث، و نحوها غیرها.

و ما فی جملة من تلک النصوص من النهی عن الأخذ محمول علی الکراهة، للاجماع علی عدم الحرمة، و فی الجواهر: بل یمکن دعوی القطع بفساد القول بالحرمة، او الضرورة فضلا عن الاجماع. و لمرسل الصدوق. و صحیح زرارة عن ابی جعفر علیه السلام عن اللقطة، فأرانی خاتما فی یده من فضة، قال علیه السلام: ان هذا مما جاء به السیل، و انا ارید ان اتصدق به «۴». و لما فی جملة منها من القرائن، کالتعبیر بلا یصلح

---

(۱) الوسائل باب ۲ من اللقطة حدیث ۱۰.

(۲) الوسائل باب ۲ من ابواب اللقطة حدیث ۱۲.

(۳) الوسائل باب ۲ من اللقطة حدیث ۹.

(۴) الوسائل باب ۷ من ابواب اللقطة حدیث ۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۸۳

[...]

و لا ینبغی و غیر ذلک.

و انما الخلاف وقع فی جواز اخـذ لقطة الحرم و عدمه، و فی المسالک: اختلف الاصـحاب فی لقطة الحرم علی اقوال منتشـرة حتی من الرجل فی کتاب واحد. و علی هذا فلا بد من ملاحظة الادلة بلا نظر الی اقوال الفقهاء.

فقد استدل للحرمة بقوله تعالی أ وَ لَمْ یَرَوْا أَنّا جَعَلْنا حَرَماً آمِناً «۱» بدعوی ان مقتضاه ان یکون الانسان آمنا فیه علی نفسه و ماله، و هو ینافی جواز اخذه.

و بجملة من النصوص:

کحسن الفضـیل بن یسار عن ابی عبد اللّه علیه السـلام عن الرجل یجد اللقطة فی الحرم، قال علیه السلام: لا یمسّها، و اما انت فلا بأس لانک تعرفها «۲».

و خبره الآخر عن ابی جعفر علیه السـلام عن لقطـة الحرم، فقال علیه السـلام: لا تمسّ ابداً حتی یجیء صاحبها فیأخذها. قلت: فان کان مالا کثیرا؟ قال: فان لم یأخذها الا مثلک فلیعرّفها «۳».

و خبر علی بن ابی حمزة عن العبـد الصالـح موسـی بن جعفر علیهما السـلام عن رجل وجـد دیناراً فی الحرم فأخذه، قال علیه السـلام: بئس ما صـنع ما کان ینبغی له ان یأخـذه. قلت: قـد ابتلی بذلک؟ قال: یعرّفه. قلت: فانه قد عرّفه یجد له باغیا؟ فقال علیه السـلام: یرجع الی بلده فیتصدق به علی اهل بیت من المسلمین، فان جاء طالبه فهو له ضامن «۴».

---

(۱) سورة العنکبوت آیة ۶۷.

(۲) الوسائل باب ۲۸ من ابواب مقدمات الطواف حدیث ۵.

(۳) الوسائل- باب ۲۸- من ابواب مقدمات الطواف من کتاب الحج حدیث ۲.

(۴) الوسائل باب ۱۷ من کتاب اللقطة حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۸۴

[...]

و مرسل ابراهیم بن ابی البلاد، قال الماضـی (ای العسـکری علیه السـلام): لقطـة الحرم لا تمس بیـد و لا برجل، و لو ان الناس ترکوها لجاء صاحبها و اخذها «۱».

و خبر یعقوب بن شـعیب عن ابی عبـد اللّه علیه السـلام عن اللقطـة و نحن یومئذ بمنی، فقال علیه السـلام: اما بارضـنا فلا یصـلح، و اما عندکم فان صاحبها الذی یجدها یعرّفها سنة فی کل مجمع ثمّ هی کسبیل ماله «۲».

و لکن الآیـة الکریمـة لا تـدل علی المنع من الأخـذ، فان المراد من کونه آمناً هو کونه آمنا فی الـدنیا أو الآخرة، و هـذا لا ینافی جواز الالتقاط مع البناء علی التعریف. و اما النصوص و ان اتعب سید الریاض نفسه الزکیة لاثبات دلالتها علی الحرمة، بعد ادعاء جبر ضعف

السند فی جملة منها بالشهرة، الا ان الانصاف ان ملاحظة مجموعها توجب الاطمینان بالکراهة، فان فیها قرائن دالة علی ذلک:

منها: التصریح فی حسن الفضیل بعدم الباس، معللا بانک تعرّفها.

و منها: قوله فی خبره الآخر: فان لم یأخذها الا مثلک فلیعرّفها، فان ذلک بعد النهی عن المسّ ظاهر فی جوازه لمثله، و من المعلوم انه لو کان حراما لساوی مع غیره.

و منها: قوله: لا یصلح، فی خبر ابن شعیب.

و منها: ان فی جملة من النصوص الآتیة المتضمنة لحکمه بعد الأخذ من دون تعرض فیها للنهی.

و منها: غیر تلکم من القرائن الموجبة للاطمئنان بعدم الحرمة. فاذاً الاظهر هو الکراهة مطلقا.

---

(۱) الوسائل باب ۱ من ابواب اللقطة حدیث ۳.

(۲) الوسائل باب ۲۸ من ابواب مقدمات الطواف حدیث ۱.

فان اخذها و کانت دون الدرهم ملکها،

حکم اللقطة بعد الاخذ

اشارة

الثانیة: فان اخذها و کانت دون الدرهم ملکها بغیر تعریف، بلا خلاف اجده فیه، کذا فی الجواهر، بل علیه الاجماع عن التذکرة و غیرها. و یشهد به مرسل الصدوق المتقدم: و ان کانت اللقطة دون درهم فهی لک فلا تعرّفها، فان وجدت فی الحرم دیناراً مطلسا فهو لک لا تعرفه «۱».

و خبر ابی بصیر عن الامام الباقر علیه السلام: من وجد شیئا فهو له فلیتمتع حتی یأتیه طالبه، فاذا جاء طالبه ردّه الیه «۲» فان اطلاقه یشمل ما دون الدرهم، و یدل علی جواز التملک بدون التعریف.

و خبر محمد بن ابی حمزة الصحیح بابن ابی عمیر، عن بعض اصحابنا، عن الامام الصادق علیه السلام عن اللقطة، قال علیه السلام: تعرّف سنة، قلیلا کان او کثیرا، قال: و ما کان دون الدرهم فلا یعرف «۳».

و ظهور الاولین فی الملکیة لا ینکر. و تمام الکلام بالبحث فی جهات.

۱- هل یختص ذلک بلقطة غیر الحرم، ام یعمّ لقطته؟ قولان، بل ظاهر الشرائع و النافع عدم الخلاف فی الثانی، بل عن الخلاف الاجماع علیه، و هو الاظهر، لاطلاق النصوص المتقدمة. و لا یعارضها اطلاق ما دل علی عدم تملک لقطة الحرم، لانه بقرینة ما فیه من التفصیل بین لقطة الحرم و لقطة غیره، و الحکم بالتصدق فی الاولی و جواز

---

(۱) الوسائل باب ۲ من کتاب اللقطة- حدیث ۹.

(۲) الوسائل باب ۴- من کتاب اللقطة- حدیث ۲.

(۳) الوسائل باب ۴ من کتاب اللقطة حدیث ۱.

[...]

التملک فی الثانیة بعد التعریف حولا، یختص بالازید من الدرهم. و لو سلم اطلاق تلک النصوص ایضاً، فالنسبة بینها و بین هذه عموم من وجه، و تقدم نصوص الباب لما سمعته من دعوی عدم الخلاف.

۲- ظاهر المرسل و خبر ابی بصیر حصول الملکیة بمجرد الاخذ، و لو لم یقصد التملک.

و عن القواعد اعتبار نیّة التملک. و قوّاه فی الجواهر، مستدلا له بان المرسل ضعیف السند، و المتیقن من الاجماع حصول الملکیة بعد النیة. و بظهور الادلة فی عدم الفرق بین القلیل و الکثیر الا بالتعریف، و من المعلوم اعتبار النیة فی الثانی. و باصالة عدم الملک حتی ینویه.

و یرد الاول ما مر من اعتباره، مضافاً الی ان ضعفه لو کان منجبر بالعمل.

و الثانی انه لیس فی النصوص ما یتضمن عدم الفرق بین القلیل و الکثیر الا بذلک.

و الثالث ان الاصل لا یرجع الیه مع الدلیل. فالاظهر عدم اعتبارها.

۳- ظاهر المتن و الارشاد و المحکی عن الشیخین و الدیلمی و ابن حمزة انه لا یضمن، فلو جاء لا یغرم له قیمته مع التلف، و لا یرد العین مع بقائها، بل عن النهایة و الغنیة التصریح بذلک، بل فی محکی المختلف انه المشهور. و عن الغنیة الاجماع علیه، للاصل، و ظاهر قوله علیه السلام «لک» فی المرسل.

و عن القواعد و الایضاح و التنقیح و الریاض الضمان. و استدل له فی الریاض بعدم صراحة النصوص فی التملک، بناء علی عدم صراحة اللام فیه. و بان نصوصها ما بین ضعیف السند کالمرسل، و غیر متضمن عدا نفی وجوب التعریف فی هذا المقدار، و هو لا یستلزم التملک.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۸۷

[...]

و یرده کفایة الظهور، و لا تعتبر الصراحة فی الدلیل، و انکار ظهور اللام فی الملکیة مکابرة. و المرسل قد عرفت اعتباره، مضافا الی انجبار ضعفه لو کان بالعمل.

فالحق ان یقال: ان مقتضی القاعدة عدم الضمان، بمعنی انه مع بقاء العین لا- یجب ردّها، و مع تلفها لا یجب ردّ بدلها، اذ بعد ما صارت له لا موجب للضمان. لکن خبر ابی بصیر المتقدم دال علی انه مع بقاء العین اذا جاء طالبها وجب الرد، فیلتزم به فی خصوص صورة البقاء.

و ما عن الایضاح و التنقیح من ان الخبر بعد الاجماع علی عدم وجوب ردّ العین، یحمل علی ارادة رد القیمة، غریب، اذ لا إجماع علی عدم وجوبه، و علی فرضه یطرح الخبر، او یحمل علی الرجحان لا انه یحمل علی ارادة معنی آخر.

۴- هل یختص هذا الحکم بما دون الدرهم، ام یعمّ الدرهم؟ قولان، اقواهما الاول، فالدرهم کالزائد فی التعریف، لاختصاص المرسل و خبر ابن ابی حمزة بما دون الدرهم، بل فی الخبر حکم علیه السلام أولًا بوجوب التعریف فی القلیل و الکثیر، ثمّ استثنی خصوص ما دون الدرهم.

و استدل له فی الریاض و الجواهر بالصحیح عن الرجل یصیب درهما او ثوبا او دابة، قال علیه السلام: یعرّفه سنة. و الظاهر ان المراد به صحیح علی بن جعفر المتقدم «۱» و الموجود فی نسخة الوسائل الموجودة عندی «دراهم» بدل «درهما»، و علیه فهو لا- یدل علی ذلک.

قال فی النافع: فیه روایتان، و فی الریاض و الجواهر عدم الوقوف علیهما.

الظاهر ان مراد المحقق من روایهٔ الالحاق خبر ابی بصیر المتقدم، الدال علی

---

(۱) الوسائل باب ۲ من کتاب اللقطهٔ- حدیث ۱۳.

و ان کانت درهما فما زاد عرفها حولا

ان اللقطهٔ لواجدها مطلقا بدون التعریف «۱» خرج عنه ما زاد عن الدرهم و بقی الباقی. و لکن النسبهٔ بینه و بین نصوص التعریف التباین من حیث المورد، و الاطلاق و التقیید من حیث اعتبار التعریف، فیقید اطلاقه من هذه الجههٔ بها، ثمّ یقید اطلاق الجمیع من حیث کونها اقل من الدرهم او الازید بما تقدم من الاخبار. فالمتحصل من النصوص بعد ضم بعضها الی بعض إلحاق الدرهم بما زاد علیه.

وجوب تعریف اللقطهٔ حولا

و ان کانت اللقطهٔ درهما فما زاد عرّفها حولا بلا خلاف، بل علیه الاجماع فی جملهٔ من الکلمات. و یشهد به صحیح الحلبی عن الامام الصادق علیه السلام فی حدیث، قال: و اللقطهٔ یجدها الرجل و یأخذها؟ قال علیه السلام: یعرّفها سنهٔ، فان جاء لها طالب و الا فهی کسبیل ماله «۲».

و خبر کثیر، سأل رجل امیر المؤمنین علیه السلام عن اللقطهٔ، فقال علیه السلام: یعرّفها، فان جاء صاحبها دفعها الیه و الا حبسها حولا، فان لم یجیء صاحبها او من یطلبها تصدّق بها «۳» و نحوهما غیرهما من النصوص الکثیرهٔ الآتیهٔ جملهٔ منها.

و مقتضی اطلاق جملهٔ منها و صراحهٔ اخری عدم الفرق فی وجوب ذلک بین لقطهٔ الحرم و لقطهٔ غیره، و ایضاً عدم الفرق فی لقطهٔ غیر الحرم بین صورهٔ ارادهٔ التملک

---

(۱) الوسائل باب ۴ من اللقطهٔ حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۲ من کتاب اللقطهٔ حدیث ۱.

(۳) الوسائل باب ۲ من کتاب اللقطهٔ حدیث ۲.

فان کانت فی الحرم تصدق بها بعده و لا ضمان او استبقاها امانهٔ،

و صورهٔ ارادهٔ التصدق او الحفظ کما علیه الاکثر.

و عن المبسوط اختصاص وجوب التعریف حولا بالصورهٔ الاولی، محتجا بان التعریف انما وجب لتحقق شرط التملک، فاذا لم یقصده لم یجب و یکون مالا مجهول المالک. و فیه: انه مناف لصراحهٔ جملهٔ من النصوص المتضمنهٔ للتعریف حولا ثمّ یتصدّق به، فلا اشکال فی وجوب التعریف حولا مطلقا.

فان کانت فی الحرم تصدق بها بعده ای بعد تعریف السنهٔ و لا ضمان، أو استبقاها امانهٔ فی یده، و لا یجوز له ان یتملکها، بلا خلاف فی شیء من تلکم، الا فی عدم جواز التملک فقد جوزه الحلبی.

اما التصدق، فتشهد به نصوص كثيرة كخبر على بن ابى حمزة عن الامام الكاظم عليه السلام عن رجل وجد دينارا فى الحرم فأخذه، قال عليه السلام: بئس ما صنع، ما كان ينبغى له ان يأخذه. قال قلت: قد ابتلى بذلك؟ قال عليه السلام: يعرّفه. قلت: فانه قد عرفه فلم يجد له باغيا؟ فقال عليه السلام: يرجع الى بلده فيتصدّق به على اهل بيت من المسلمين، فان جاء طالبه فهو له ضامن «١».

و خبر اليمانى عن الامام الصادق عليه السلام: اللقطة لقطتان: لقطة الحرم و تعرّف سنة فان وجدت صاحبها و الا تصدقت بها، و لقطة غيرها تعرّفه سنة فان جاء صاحبها و الا فهى كسبيل مالك «٢» و نحوهما غيرهما.

و ظاهرها تعين الصدقة. و لكن يمكن ان يقال: ان الامر بالصدقة لوروده مورد توهّم الحظر بالنسبة الى حفظ المال لصاحبه الذى هو مقتضى القاعدة، و الاصل

---

(١) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللقطة- حديث ٢.

(٢) الوسائل- باب ٢٨- من ابواب مقدمات الطواف- حديث ۴.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٣٩٠

]...[

لا يستفاد منه اللزوم، فيتخير بين الصدقة و استبقائها امانة.

و أما التملك، فقد استدل له تارة باطلاق ما دلّ على تملك اللقطة بعد التعريف. و اخرى بخبر الفضيل بن غزوان، قال: كنت عند ابى عبد اللّه عليه السلام فقال له الطيار: ان ابن حمزة وجد ديناراً فى الطواف قد انسحقت كتابته، قال عليه السلام: هو له «١». و ثالثة بمرسل الصدوق عن الامام الصادق عليه السلام: فان وجدت فى الحرم ديناراً مطلسا، فهو لك لا تعرّفه «٢».

و لكن الاطلاق يقيّد بما مر. و الخبرين لم يعمل بهما احد سوى الصدوق، لانهما يدلان على جواز التملك بدون التعريف، بل فى الثانى منهما النهى عن ذلك، فيتعيّن حملهما على صورة العلم باليأس عن معرفة المالك.

و أما الضمان على فرض التصدق، فيشهد به خبر على بن ابى حمزة، و اطلاق ما ورد فى مطلق اللقطة، كصحيح على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة فيعرّفها سنة ثمّ يتصدق بها فياتى صاحبها، ما حال الذى تصدّق بها و لمن الاجر، هل عليه ان يردّ على صاحبها او قيمتها؟ قال عليه السلام: هو ضامن لها و الاجر له، الا ان يرضى صاحبها فيدعها و الاجر له «٣» و نحوه غيره، و لا وجه لتخصيص هذه النصوص بلقطة الحرم. و اما على فرض الاستبقاء، فالظاهر عدمه على المختار من عدم حرمة اخذ لقطة الحرم، لان المال حينئذ امانة شرعية عنده، فلا يكون عليه ضمان بتلفه.

---

(١) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٩.

(٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١۴.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٣٩١

و ان كانت فى غيره فان نوى التملك جاز و يضمن، و كذا ان تصدق بها و لو نوى الحفظ فلا ضمان.

فان قيل: ان عموم على اليد قاض به.

قلنا: انه خصص باليد الامانية، شرعية كانت ام مالكية. نعم، يتم الاستدلال به له على القول بعدم جواز الاخذ، لانه حينئذ كالغاصب.

حکم لقطهٔ غیر الحرم

(و ان کانت فی غیره) ای فی غیر الحرم فان نوی التملک بعد التعریف جاز و یضمن، و کذا ان تصدق بها. و لو نوی الحفظ فلا ضمان. فها هنا فرعان: احدهما: انه یتخیر بین التملک و التصدق و الحفظ.

ثانیهما: ان علیه الضمان علی الاولین دون الاخیر.

اما الاول فهو المشهور بین الاصحاب شهرهٔ عظیمهٔ، بل علیه الاجماع عن التذکرهٔ و غیرها. و استشکل فی جواز الابقاء و الحفظ فی الریاض، قال: ان ظاهر الاخبار تعین احد الاولین.

و النصوص الواردهٔ فی المقام علی طوائف:

الاولی: ما یدل علی الصدقهٔ، کصحیح علی بن جعفر المتقدم، و خبر کثیر عن امیر المؤمنین علیه السلام المتقدم: فان لم یجیء صاحبها و من یطلبها تصدق بها، فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها ان شاء اغترمها الذی کانت عنده و کان الاجر له، و ان کره ذلک احتسبها و الأجر له «۱».

---

(۱) الوسائل باب ۲ من اللقطهٔ حدیث ۲.

]...[

و خبر حفص بن غیاث عن الامام الصادق علیه السلام فی رجل أودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا و اللص مسلم، هل یرد علیه؟ فقال علیه السلام: لا یرده، فان أمکنه ان یرده علی اصحابه فعل، و الا کان فی یده بمنزلهٔ اللقطهٔ یصیبها فیعرفها حولا، فان اصاب صاحبها ردّها علیه و الا تصدق بها، فان جاء طالبها بعد ذلک خیّره بین الاجر و الغرم «۱» الحدیث، و نحوها غیرها.

الثانیهٔ: ما یدل علی جواز التملک، کخبر داود بن سرحان- الذی لیس فی سنده من یتوقف فیه سوی سهل، و الامر فیه سهل لانه یعتمد علی خبره- عن الامام الصادق علیه السلام فی اللقطهٔ: یعرّفها سنهٔ، ثمّ هی کسائر ماله «۲».

و خبر حنان عنه علیه السلام عن اللقطهٔ: تعرّفها سنهٔ، فان وجدت صاحبها و الا فانت احق بها، و قال: هی کسبیل مالک، و قال: خیّره اذا جاءک بعد سنهٔ بین أجرها و بین ان تغرمها له اذا کنت أکلتها «۳» و فی نقل آخر: «فانت املک بها» بدل «احق بها».

و صحیح علی بن مهزیار: فالغنائم و الفوائد- یرحمک اللّه- فهی الغنیمهٔ یغنمها المرء و الفائدهٔ یفیدها، و الجائزهٔ من الانسان للانسان التی لها خطر، الی ان قال: و مثل ما یؤخذ و لا یعرف له صاحب «۴».

و صحیح ابی بصیر عن الامام الباقر علیه السلام: من وجد شیئا فهو له،

---

(۱) الوسائل باب ۱۸- من کتاب اللقطهٔ- حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۲ من کتاب اللقطهٔ حدیث ۱۱.

(۳) الوسائل باب ۲ من کتاب اللقطهٔ حدیث ۵.

(۴) الوسائل باب ۸- من کتاب الخمس حدیث ۵.

]...[

فلیتمتع به حتی یأتیه طالبه «۱» و نحوها غیرها.

الثالثة: ما یدل علی جواز الحفظ، کصحیح علی بن جعفر عن اخیه علیه السلام عن الرجل یصیب اللقطة دراهم او ثوبا او دابة، کیف یصنع؟ قال: یعرّفها سنة، فان لم یعرف صاحبها حفظها فی عرض ماله حتی یجئ طالبها فیعطیها ایاه، و ان مات اوصی بها فان اصابها شیء فهو ضامن «۲».

و صحیح محمد بن مسلم عن الامام الباقر علیه السلام عن اللقطة: لا ترفعها، فان ابتلیت بها فعرّفها سنة، فان جاء طالبها و الا فاجعلها فی عرض مالک یجری علیها ما یجری علی مالک حتی یجیء لها طالب، فان لم یجیء لها طالب فاوص بها فی وصیتک «۳» و نحوه صحیحه الآخر عن احدهما علیهما السلام «۴» بناء علی ان المراد بجعلها فی عرض المال حفظها فیه من غیر عزل لها عنه، قال المحدث الکاشانی: ای فی جملته و فیما بینه من غیر مبالاة بترک عزلها عنه، انتهی.

الرابعة: ما ظاهره انها للامام علیه السلام، کخبر داود بن ابی یزید عن الامام الصادق علیه السلام، قال له رجل: انی قد اصبت مالا و انی قد خفت فیه علی نفسی، فلو اصبت صاحبه دفعته الیه و تخلصت منه، فقال له ابو عبد اللّه علیه السلام: و اللّه، ان لو اصبته کنت تدفعه الیه؟ قال: ای و اللّه. قال: فانا- و اللّه- ماله صاحب غیری، قال: فاستحلفه ان یدفعه الی من یأمره، قال: فحلف، فقال: فاذهب فاقسمه فی اخوانک،

(۱) الوسائل- باب ۴ من کتاب اللقطة حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۲ من کتاب اللقطة حدیث- ۱۳.

(۳) الوسائل باب ۲ من کتاب اللقطة حدیث ۱۰.

(۴) الوسائل باب ۲ من کتاب اللقطة- حدیث ۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۹۴

و لو کانت مما لا یبقی انتفع بها بعد التقویم و ضمن القیمة، او یدفعها الی الحاکم فلا ضمان.

و لک الامن مما خفت منه، قال: فقسّمته بین اخوانی «۱».

و الجمع بین الطوائف الثلاث الاول یقتضی البناء علی التخییر بین الثلاثة- ای التملک، و الحفظ، و التصدق- فان نصوص التملک صریحة فی الجواز و عدم لزوم التصدق او الحفظ، فیحمل الامر بکل منهما، مضافا الی عدم ظهوره فی نفسه فی التعیین علی اراده بیان احد افراد التخییر. و اما الاخیرة فالخبر ضعیف لحجال، مع انه یحتمل فیه وجوه:

منها: ما هو اساس الاستدلال، و هو کونه لقطة غیره، لکنه تکون له.

و منها: کون ما اصابه لقطته علیه السلام، فامر بالصدقة علی الاخوان تبرعا.

و منها: کونه لقطة من غیره، لکنه عرف انه لا وارث له، فیکون المال له.

و منها غیر ذلک. فلا یصح الاستدلال به للاجمال.

و أما الفرع الثانی، فیشهد لثبوت الضمان مع التملک او الصدقة النصوص المتقدمة الواردة فی کل منهما. و اما ثبوته مع الحفظ، فیدل علیه ایضا ما تقدم من نصوصه و ان کان خلاف قاعدة الامانة، الا ان الظاهر تسالمهم علی عدم الضمان معه.

حکم ما لو کانت اللقطة مما لا یبقی

الثالثهٔ: و لو کانت مما لا یبقی کالطعام و الرطب الـذی یفسـد و البقول و نحوها، انتفع بها بعـد التقویم و ضـمن القیمـهٔ، او یدفعها الی الحاکم فلا ضمان

---

(١) الوسائل باب ٧- من کتاب اللقطهٔ حدیث ١.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٣٩۵

[...]

بلا خلاف فی شیء من تلکم. فهاهنا احکام:

١- ان له الانتفاع بها بعد التقویم. و یشهد به قویّ السکونی عن ابی عبد اللّه علیه السلام: ان امیر المؤمنین علیه السلام سئل عن سفرهٔ وجـدت فی الطریق مطروحـهٔ، کثیر لحمهـا و خبزهـا و جبنهـا و بیضـها و فیها سـکین، فقال امیر المؤمنین علیه السلام: یقوّم ما فیها ثمّ یؤکل، لانه یفسد و لیس له بقاء، فان جاء طالبها غرموا له الثمن. فقیل: یا امیر المؤمنین، لا یدری سفرهٔ مسلم او سفرهٔ مجوسی؟ فقال علیه السلام: هم فی سعهٔ حتی یعلموا «١».

و مرسل الصدوق عنه علیه السلام: و ان وجدت طعاما فی مفازهٔ فقوّمه علی نفسک لصاحبه ثمّ کله «٢».

و هل له ان یبیعها من غیره کما عن المصـنف و الکرکی و ثانی الشـهیدین و غیرهم، بل عن التذکرهٔ الاجماع علیه، ام لا یجوز ذلک؟ وجهان مبنیان علی ان ما هو ظاهر الخبر الاول و صـریح الثانی من انه یقوّم علی نفسه، اریـد به المثال و الا فمن المقطوع به عدم الفرق بین تقویمها علی نفسه أو علی الغیر، او له خصوصـیهٔ فلا موجب لرفع الیـد عن اصالـهٔ عدم جواز بیع مال الغیر. و الاظهر هو الاول، لما مر، و لعموم التعلیل، و یؤیده ما دل علی جواز بیع الجاریهٔ لمن التقطها بما ینفق علیها. و علی هذا فلا یحتاج الی اذن الحاکم.

٢- ان له ان یـدفعها الی الحـاکم. و وجهه: ان الحـاکم ولی الغیب، من جهـهٔ ان حفـظ مـال الغائب و التصـرف فیه بما فیه صـلاحه من وظائف حکام الجور، و قد دل

---

(١) الوسائل باب ٢٣- من کتاب اللقطهٔ- حدیث ١.

(٢) الوسائل باب ٢ من کتاب اللقطهٔ حدیث ٩.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٣٩۶

[...]

الدلیل «١» علی ان جمیع ما هو من وظائفهم ثابتهٔ للحاکم الشرعی، کما مر و سیأتی مفصلا. و لا ینافیه الخبران، لان الامر فیهما لوروده مورد توهم الحظر لا یدل علی ازید من الجواز.

٣- انه لو قومها علی نفسه ضمن قیمتها، و یشهد به- مضافا الی عدم الخلاف فیه- الخبران المتقدمان.

۴- انه لو دفعها الی الحاکم فلا ضـمان. و وجهه: ان الدفع الی الحاکم من قبیل الدفع الی المالک نفسه لانه ولیه، فلا وجه للضمان بعد ذلک.

و هـل یجب التعریف کمـا صـرح به المصـنف ره و الشـهید الثـانی و هو ظاهر الاصـحاب کما فی الجواهر، ام لا یجب کما عن بعض الأجلهٔ؟ وجهان، اظهرهما الاول، لاطلاق ادلهٔ التعریف، و لا ینافیه التصرف المزبور فیه قبله، فیعرّفه حینئذ نفسه دون الثمن.

و لو افتقر ابقـاء اللقطـهٔ الی علاـج کـالرطب المفتقر الی التجفیف، فعن الشـیخ و المصـنف ره و المحقق یرفع خبرهـا الی الحـاکم، یبیع بعضـا و ینفقه فی اصـلاح الباقی، و ان رأی الحاکم الحط فی بیعه اجمع جاز. و عن التحریر و التـذکرهٔ و الـدروس و المسالک التخییر بین ذلک و بین فعله، و قواه فی الجواهر.

اما خبر السکونی و مرسل الصـدوق المتقـدمان فهما مختصان بغیر المورد، و فی الفرض لا بـدّ من ملاحظـهٔ القواعـد، فقـد یقال: ان مقتضـی اصالـهٔ عـدم جواز بیع مـال الغیر ان لاـ یجوز للملتقـط، و امـا الحـاکم فقـد مر انه ولی الغـائب، و لکن یمکن ان یقال: انه بعد الالتقاط یکون المال امانهٔ شرعیهٔ عنده فهو مأمور بحفظه، و الفرض ان

---

(۱) الوسائل باب ۱۱ من ابواب صفات القاضی من کتاب القضاء.

و یکره اخذ ما یقل قیمته و یکثر نفعه. و ما یوجد فی فلاهٔ او خربهٔ فلو اجده.

الحفظ متوقف علی ذلک فیجوز، و یعضده ما دل علی جواز بیع اللقیط فیما انفق علیه «۱». فالاظهر هو التخییر.

[کراههٔ اخذ ما یقل قیمته و یکثر نفعه]

و الرابعهٔ: المشهور بین الاصحاب انه (یکره له اخذ ما یقل قیمته و یکثر نفعه) کالعصا و الشظاظ و الوتد و الحبل و العقال و اشباهها، و قـد مر الکلاـم فی ذلک و عرفت انه یکره اخـذ اللقطـهٔ مطلقا. نعم، فی هـذه الاشـیاء لعلها آکـد، من جهـهٔ ورود النص بالنهی عنه فی بعضها «۲» و ان دل آخر علی عدم البأس به «۳».

حکم ما یوجد فی الخربهٔ

الخامسـهٔ: و ما یوجد فی فلاهٔ او خربهٔ فلواجده بلا خلاف فیه فی الجملهٔ، و ان اضـطربت کلماتهم فی بیان موضوع الحکم بنحو یکون جامعا و مانعا. و المسـتند صـحیح محمد بن مسـلم عن ابی جعفر علیه السـلام عن الدار یوجد فیها الورق، فقال علیه السـلام: ان کانت معمورهٔ فیها اهلها فهی لهم، و ان کانت خربهٔ قد جلا عنها اهلها فالذی وجد المال احق به «۴» و نحوه صحیحه الآخر عن احدهما علیه السلام «۵».

و ما فی الخبرین من انه ان کانت الـدار معمورهٔ فما وجـد لاهلها، انما هو من جهـهٔ قاعـدهٔ الیـد، فان الیـد علی الدار امارهٔ ملکیتها و ما فیها.

---

(۱) الوسائل- باب ۲ من کتاب اللقطهٔ حدیث ۸.

(۲) الوسائل باب ۱۲ من کتاب اللقطهٔ حدیث ۲.

(۳) الوسائل باب ۱۲- من کتاب اللقطهٔ- حدیث ۱.

(۴) الوسائل باب ۵ من کتاب اللقطهٔ حدیث ۱.

(۵) الوسائل باب ۵ من کتاب اللقطهٔ حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۹۸

[...]

ثمّ ان الخبرین- مضافا الی انه لیس فیهما ما یشهد بانه لواجده، فانهما متضمنان ان الواجد احق به، و یلائم ذلک مع ان له التملک بعد التعریف سنهٔ و ان له ولایهٔ حفظه- یعارضهما موثق محمد بن قیس عن ابی جعفر علیه السلام: قضی علی علیه السلام فی رجل وجد ورقاً فی خربهٔ ان یعرّفها، فان وجد من یعرفها و الا تمتع بها «۱».

و قد جمع الاصحاب بین النصوص تارهٔ بحمل الموثق علی ما علیه اثر الاسلام، و الصحیحین علی ما لا- أثر علیه. و اخری بحمل الصحیحین علی ما لا مالک معروف له، و الموثق علی ماله مالک معروف. و ثالثهٔ بحمل الصحیحین علی ما یوجد فی تلکم الاماکن مما هو معلوم او ظاهر فی انه للاعصر السالفهٔ، و الموثق علی الموجود فیها مما هو معلوم او ظاهر لاهل ذلک الزمان. و لکن شیئا منها لیس عرفیا.

و فی المسالک اورد علی الموثق بان محمد بن قیس مشترک بین الثقهٔ و الضعیف. و فیه: انه بقرینهٔ روایهٔ عاصم بن حمید عنه هو الثقهٔ.

فالحق هو الجمع بتقیید اطلاق الاولین بالموثق، و حملهما علی اراده ان المال لواجده بعد التعریف، کما انه قد ورد نظیر ذلک فی مطلق اللقطهٔ، لاحظ صحیح ابی بصیر المتقدم: من وجد شیئا فهو له فلیتمتع به، فکما انه یحمل علی ما بعد التعریف کذلک هذان الخبران.

فالمتحصل، انه لا- خصوصیهٔ للخربهٔ. و علی هذا، فالخربهٔ ان کانت بحیث یدخلها احد و لو من جههٔ کونها فی الطریق فیمر منها فحکمها حکم غیرها، و الا فحیث لا أثر للتعریف لا محالهٔ یکون ساقطا، فله ان یتملک بمجرد الالتقاط او

---

(۱) الوسائل باب ۵ من کتاب اللقطهٔ حدیث ۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۳۹۹

و لو کان فی مملوکهٔ عرف المالک فان عرفه فهو له، و الا فللواجد،

یتصدق به. و کذا فی کل مورد سقط التعریف، للعلم بعدم العثور علی صاحب المال، او انه لا یتمکن صاحبه من اثبات انه له، او لا یعرف هو ایضاً من جههٔ عدم العلامهٔ لما وجد، فانه فی جمیع هذه الموارد یسقط التعریف، فیرجع الی اطلاق مثل صحیح ابی بصیر و غیره الدال علی التملک او الصدقهٔ.

و مما ذکرناه ظهر انه لو کان ما وجد فی مملوکهٔ عرف المالک فان عرفه فهو له، لدلالهٔ الصحیحین علیه، مضافا الی قاعدهٔ الید، و موثق اسحاق «۱» ایضا شاهد به.

و هذا لا إشکال فیه، انما الاشکال فیما افاده بقوله و الا فللواجد، اذ لا دلیل علیه اصلا، و التمسک بفحوی ما فی الصحیح الآتی الوارد فی المأخوذ من جوف الدابهٔ غیر صحیح، بل موثق اسحاق بن عمار عن ابی ابراهیم علیه السلام عن رجل نزل فی بعض بیوت مکهٔ فوجد فیه نحوا من سبعین درهما مدفونهٔ، فلم تزل معه و لم یذکرها حتی قدم الکوفهٔ، کیف یصنع؟ قال علیه السلام: یسأل عنها اهل المنزل لعلهم یعرفونها. قلت: فان لم یعرفوها؟ قال: یتصدق بها «۲» یدل علی الصدقهٔ به. اللهم الا- ان یقال: ان الموثق فی مجهول المالک لا اللقطهٔ.

و علیه فان صدق علی المال الموجود فی المملوک اللقطهٔ بصدق الضیاع عن مالکه علیه بان کان المملوک فندقا و شبهه، تعیّن ترتیب

آثار اللقطهٔ، و الا فهو مجهول المالک و یلحقه حکمه، و هو التصدق به بعد الفحص و الیأس عن العثور علی مالکه.

و المصنف ره بعد ما حکم بان ما وجد فی مملوک عرف المالک، فان عرفه فهو له

---

(۱) الوسائل- باب ۵- من کتاب اللقطهٔ- حدیث ۳.

(۲) الوسائل- باب ۹- من کتاب اللقطهٔ- حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۰۰

و کذا ما یوجد فی جوف الدابهٔ

و الاـ فللواجـد، قال: و کـذا ما یوجـد فی جوف الدابـهٔ ای یعرفه المالک او البائع، و ان لم یعرفه فهو للواجـد. و هـذا هو المعروف بین الاصـحاب، و عن التـذکرهٔ نسـبته الی علمائنـا. و الاصل فی ذلک صـحیح عبـد اللّه بن جعفر: کتبت الی الرجل علیه السـلام أسأله عن رجـل اشتری جزورا او بقرهٔ للاضـاحی، فلما ذبحها وجـد فی جوفها صـرهٔ فیها دراهم او دنانیر او جوهرهٔ، لمن یکون ذلک؟ فوقّع علیه السـلام: عرّفها البائع، فان لم یکن یعرفها فالشیء لک رزقک اللّه ایاه «۱» و اطلاقه کالعبارهٔ یقتضـی عدم الفرق بین ما علیه اثر الاسلام و غیره. فما عن المختلف و الروضهٔ و غیرهما من انه فی الاول لقطهٔ، غیر تام.

من یصح التقاطه

السادسهٔ: فی بیان الملتقط للمال، فالمشـهور بین الاصحاب انه من له اهلیهٔ الاکتساب، فلو التقطه الصبی او المجنون جاز، و عن بعضهم انه من له اهلیهٔ الحفظ، و فی الشرائع اعتبر فیه احد الامرین، و عن بعض اعتبار الامرین معا.

توضیح ذلک: ان فی اللقطهٔ معنی الولایهٔ و الامانهٔ فی الابتداء بالنسـبهٔ الی حفظها و تعریفها، و معنی الاکتساب فی الانتهاء بالنسبهٔ الی تملکها. و علیه فمنهم من غلّب فیها معنی الاکتساب، فمنع من التقاط من لیس له اهلیهٔ الاکتساب و ان کان اهلا للحفظ، و جوّز التقاط من له اهلیـهٔ الاکتسـاب، فجوّز التقـاط الصبی و المجنون و الکافر و الفاسق، و لـم یجوز التقاط العبـد. و منهم من عکس، فجوّز التقاط العبد، و منع

---

(۱) الوسائل- باب ۹- من کتاب اللقطهٔ- حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۰۱

و یتولی الولی التعریف لو التقط الطفل او المجنون،

من التقـاط الصبی و المجنون. و منهم من اکتفی باحـد الامرین، فجوّز التقاط الصبی. و منهم من اعتبر الامرین، فلم یجوّز التقاط واحد منهم.

و الحق ان یقال: ان اعتبار الامانهٔ فی الملتقط و کونه اهلا للایتمان لا وجه له اصـلا، اذا لیس فی النصوص ما یشـهد بذلک، و هو و ان کان امینا شرعا بمعنی ان الشارع اذن له فی الاخذ و الحفظ، و لکن لا یکون ذلک مقیدا بکونه محلا للامانهٔ.

فالتقاط الکافر الاهل للاکتساب لا إشـکال فیه، و اما العبـد فلا یهمنا التعرض لحکمه، و اما الصبی فان اریـد بجواز التقاطه جواز اخـذه فهو من الواضـحات، ثمّ بعـد الاخـذ صـدق عنوان اللقطهٔ علی ما اخذه قهری، فیبقی احکامها منها جواز التملک، مقتضـی حدیث رفع

القلم «١» و غیره عدم جوازه مستقلا و الجواز باذن الولی، و لیس فی نصوص اللقطة ما یشهد باعتبار الاستقلال فی التملک، و کذا الصدقة.

و أما التعریف فله حکمان: احدهما الوجوب و هو مرفوع عن الصبی، و الآخر شرطیته للتملک او الصدقة بعد السنة، و هی غیر متوقفة علی بلوغ الملتقط.

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ٢۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج١٩، ص: ۴٠١

و أما الحفظ فله ایضاً حکمان: الوجوب، و صیرورة ترکه موجبا للضمان. اما الاول فهو مرفوع عن الصبی، و اما الثانی فقد مر فی محله ان الضمان من الاحکام التی لا ترتفع بحدیث الرفع. و به یظهر حال المجنون.

فالمتحصل مما ذکرناه انه لا ینبغی الاشکال فی جواز التقاط الصبی و المجنون کالتقاط غیرهما من المکلفین، غایة الامر یتولیّ الولی الصدقة او التملک بعد التعریف اذا التقطه الطفل او المجنون، او یأذن لهما فی ذلک ان کانا قابلین له بالتمییز.

---

(١) الوسائل- باب ۴- من ابواب مقدمة العبادات حدیث- ١١ و باب ٣۶ من ابواب القصاص فی النفس حدیث ٢.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ۴٠٢

و یکفی تعریف العبد فی تملک المولی و له ان یعرف بنفسه و ان یستنیب،

و هل یعتبر تولّی الولی التعریف کما هو صریح المتن و الشرائع و النافع و غیرها، ام لا-؟ الظاهر هو الثانی، فان التعریف و ان کان وجوبه مرفوعاً عن الصبی، و لکن لیس مما یعتبر فی وجوده التکلیف و هو نظیر الغسل الموجب لحصول الطهارة، و کذلک الحفظ.

و یکفی تعریف العبد فی تملک المولی.

کیفیة التعریف

السابعة: فی کیفیة التعریف. لا خلاف و لا إشکال فی انه یعتبر التعریف سنة کاملة، و قد مر ما یشهد به. و اما خبر ابان: اصبت یوما ثلاثین دیناراً فسألت ابا عبد اللّه علیه السلام عن ذلک، فقال: این اصبته؟ قال قلت له: کنت منصرفا الی منزلی فاصبتها. فقال: صر الی المکان الذی اصبت فیه فعرّفه، فان جاء طالبه بعد ثلاثة ایام فاعطه ایاه و الا تصدق به «١» فمطروح، او محمول علی غیر اللقطة، او علی حصول الیأس بذلک، او غیر ذلک من المحامل. و قد مر انه واجب و ان لم ینو التملک.

و لا خلاف ایضا فی ان له ان یعرّف بنفسه و ان یستنیب، و فی الجواهر: بل الاجماع بقسمیه علیه. و فی المسالک: لما کان الغرض من التعریف اظهار اللقطة و اشاعة خبرها لیظهر مالکها، لم یتعلق غرض الشارع فیه بمباشر معیّن، فیجوز ان یتولاه الملتقط، و من ینوب عنه من غلام و ولد، و من یستعین به، و من یستأجره علیه، و هو موضع وفاق. فالمستند فی مقابل ظهور النصوص فی اعتبار المباشرة کما فی سائر

---

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب اللقطة حدیث ٧.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ۴٠٣

و لا یشترط فیه التوالی

التكالیف. الاجماع، و السیرة، و مناسبة الحكم الموضوع التی هی قرینة علی ارادة الاعم.
و فی المتن و لا- یشترط فیه التوالی، و قریب من هذه العبارة ما عن الشیخ و فی الشرائع و عن غیرهم. و المراد به ان كان عدم اعتبار استیعاب الحول بالتعریف فهو اجماعی، و یشهد به صدق التعریف سنة بدونه.
و ان كان المراد به ما صرح به جماعة منهم الشهید الثانی من عدم اعتبار توالی الشهور، بان یجوز له ان یعرف شهرین و یترك شهرین، و هكذا حتی یتم له اثنی عشر شهرا، و عن التذكرة تشبیهه بما لو نذر صوم سنة انه یجوز له التوالی و التفریق، ففیه: انه ان لم یكن اجماع یشكل ذلك، فان المنساق من الامر بالعمل المستمر فی قطعة من الزمان اعتبار التوالی فیه.
و لا بد فی الضابط فی تعریف السنة من الرجوع الی العرف، كما هو الشأن فی كل عنوان اخذ فی الموضوع و لم یبیّنه الشارع. و فی المسالك: و قد اعتبر العلماء فیه ان یقع علی وجه لا ینسی ان الثانی تكرار لما مضی، و یتحقق ذلك بالتعریف فی الابتداء فی كل یوم مرة او مرتین، ثمّ فی كل اسبوع، ثمّ فی كل شهر كذلك. و نحوه عن القواعد و غیرها.
و ایضا لا- بدّ و ان یقع التعریف فی وقت اجتماع الناس و بروزهم كالغدوات و العشیات و ما شاكل، و ذلك مضافا الی وضوحه- حیث ان التعریف انما هو لیطلع صاحبه، فلا- بد و ان یكون ذلك بمجمع من الناس- تشهد به جملة من النصوص، ففی خبر ابی خدیجة: فانه ینبغی ان یعرّفها سنة فی مجمع «۱» و فی خبر سعید بن عمرو

(۱) الوسائل باب ۲۰ من كتاب اللقطة حدیث ۱.

و لا یكفی الوصف بل لا بدّ من البینة

الجعفی: اتق اللّه عز و جل و عرّفه فی المشاهد «۱» و نحوهما غیرهما.

لا تدفع اللقطة بدون البیّنة

الثامنة: المشهور انه لا تدفع اللقطة الی مدعیها الا بما یثبت دعواه، و لا یكفی الوصف اجماعا اذا لم یورث ظنا بل لا بدّ من البینة علی القول بعدم حجیة خبر الواحد العادل فی الموضوعات، لان الملتقط مكلف بایصاله الی مالكه، و لا یثبت ذلك بدعواه المالكیة.
و حق القول فی المقام: انه تارة نقول بان الاصل سماع دعوی كل مدع لا معارض له، كما یشهد به حدیث الكیس «۲» و خبر الطیر «۳» و غیرهما ما سیأتی فی كتاب القضاء، من غیر فرق بین كون المال تحت ید من هو مأمور بایصاله الی مالكه و غیره، فلا بد فی المقام من البناء علی الردّ علی مدعیها، و ان لم یأت بالبیّنة و لم یكن له شاهد، بل بمجرد عدم كونه متهماً یرد الیه.
فان قیل: ان الاصحاب مجمعون علی انها لا تدفع الیه بمجرد دعواه.
قلنا: كلا، فان الاكثر صرحوا بان التوصیف المفید للظن، سیما فی الاموال الباطنة كالذهب و الفضة، یكون كافیا.
و اخری لا نقول بذلك، فان كان المدعی الواصف له ثقة تدفع الیه، لحجیة

(۱) الوسائل باب ۶- من كتاب اللقطة حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۱۶ من ابواب کیفیهٔ الحکم من کتاب القضاء حدیث ۱.

(۳) الوسائل باب ۱۵ من کتاب اللقطهٔ حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۰۵

و الملتقط امین.

خبر الواحد الثقهٔ فی الموضوعات، و انما لا یکون حجهٔ فی خصوص باب الخصومات و القضاوهٔ.

و ان لم یکن ثقهٔ، فان أوجب توصیفه العلم او الاطمینان تدفع الیه. و خبر سعید ابن عمر و الجعفی «۱» الطویل المتضمن لتقریر مولانا الصادق علیه السلام ملتقط الدنانیر الدافع لها الی من وصفها من دون بیّنهٔ علی ذلک، و النبوی الذی امر فیه بحفظ عفاصها و وکاها و عددها «۲» شاهد ان به.

و ان لم یوجب الاطمینان، فلا تدفع الیه و ان اوجب التوصیف الظن، لانه لا یغنی من الحق شیئا. و دعوی ان مناط اغلب الشرعیات الظن فیلحق المقام به إلحاقاً له بالاعم الاغلب، و ایضا انه یتعذر اقامهٔ البیّنهٔ فی الاغلب فلولاه لزم عدم وصولها الی مالکها کما فی الریاض، مندفعهٔ بان مناط اکثر الشرعیات الظنون الخاصهٔ لا مطلق الظن، و مجرد تعذر اقامهٔ البیّنهٔ لا یکفی فی الحکم بحجیهٔ الظن الحاصل من التوصیف، ما لا تتم مقدمات الانسداد التی منها العلم بان الشارع الاقدس لا یرضی بعدم وصولها الی مالکها حتی فی حال عدم العلم بکونه مالکا، و هو کما تری.

و بما ذکرناه یظهر ما فی کلمات القوم فی المقام.

[الملتقط امین]

التاسعهٔ و الملتقط امین لا یضمن فی الحول و بعده لقطهٔ و لا لقیطا و لا ضالهٔ ما لم یفرط او یتعدی، بلا خلاف فی شیء من تلکم، و قد تقدم مدرک ذلک کله فی المباحث المتقدمهٔ.

العاشرهٔ:

ما وجده فی داره او فی صندوقه

، فان کان یشارکه فی التصرف فیهما

---

(۱) الوسائل باب ۶ من کتاب اللقطهٔ حدیث ۱.

(۲) التذکرهٔ ج ۲ ص ۶۲۴.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۰۶

الفصل العاشر: فی الغصب، و هو حرام عقلا و یتحقق بالاستیلاء علی مال الغیر ظلما و ان کان عقارا

غیره فهو لقطهٔ، و الا فهو له بلا خلاف.

و یشهد لهما صحیح جمیل بن صالح، قلت لابی عبد اللّه علیه السلام: رجل وجد فی منزله دینارا؟ قال علیه السلام: یدخل منزله غیره؟

قلت: نعم کثیر. قال علیه السلام: هذه لقطة. قلت: فرجل وجد فی صندوقه دینارا؟ قال علیه السلام: یدخل احد یده فی صندوقه او یضع فیه شیئا؟ قلت: لا: قال علیه السلام: فهو له «۱». و هذا الخبر یدل علی ما اخترناه من ان ید الانسان نفسه امارة علی الملکیة، فانه مع مشارکة غیره لا یکون تحت یده مستقلا، و مع الانحصار یکون تحت یده کما هو واضح.

الفصل العاشر: فی الغصب

اشارة

و هو حرام عقلا و شرعا، لان غصب مال الغیر ظلم و قبح الظلم عقلی، و بالملازمة بین الحکم العقلی- بمعنی درک القبح- و الحکم الشرعی یستفاد حرمته شرعا، و هذا هو مراده من الحرمة العقلیة، و الا فمن الواضح ان العقل لیس مشرعا کی یحکم بالحرمة، فان شأن القوة العاقلة الدرک لا التشریع.

و للآیات الکریمة و النصوص المتواترة الدالة علی حرمة الظلم، و النصوص الکثیرة الدالة علی فحرمة الغصب خاصة و سیأتی طرف منها. و علی الجملة، فحرمه الغصب من الضروریات لا تحتاج الی اقامة الدلیل علیها.

و یتحقق بالاستیلاء علی مال الغیر ظلما و ان کان عقارا کما عن الاکثر،

(۱) الوسائل باب ۳ من کتاب اللقطة حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۰۷

[...]

و یوافق ذلک ما صرح به اهل اللغة من ان الغصب اخذ الشیء ظلما، فان المراد بالأخذ لیس هو القبض بالجارحة بل المراد به الاستیلاء علی الشیء. و حیث ان اکثر احکام هذا الفصل غیر معلقة علی عنوان الغصب، فلا یهم اطالة البحث فی ذلک، و الاولی صرف عنان الکلام الی تلکم الاحکام، و تنقیح القول فیها فی طی مسائل.

حرمة التصرف فی مال الغیر بلا رضا صاحبه

الاولی: لا إشکال فی انه یحرم التصرف فی مال الغیر من دون رضاه، و یشهد به قوله عجل اللّه فرجه فی خبر الاحتجاج: لا یحل لأحد ان یتصرف فی مال غیره بغیر اذنه «۱».

و قول الامام الصادق علیه السلام فی موثق سماعة: فانه لا یحل دم امرئ مسلم، و لا ماله، الا بطیبة نفسه «۲».

و قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلّم فی خبر تحف العقول: و لا یحل لمؤمن مال اخیه الا عن طیب نفس منه «۳».

و قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلّم فی خبر غوالی اللئالی: المسلم اخو المسلم، لا یحل ماله الا عن طیب نفس منه «۴».

و قول الامام الرضا علیه السلام فی خبر محمد بن زید الطبری، فی جواب

(۱) الاحتجاج ص ۲۶۷ عن الاسدی العمری عنه علیه السلام و الوسائل باب ۳ من الانفال حدیث ۶.

(۲) الوسائل باب ۳ من ابواب مکان المصلی حدیث ۱. کتاب الصلاة.

(۳) الوسائل باب ۳ من ابواب مکان المصلی حدیث ۳.

(۴) المستدرک ج ١- ص ٢١٢.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ۴٠٨

و یضمن بالاستقلال

السؤال عن الاذن فی الخمس کتبه الیه: لا یحلّ مال الا من وجه احلّه اللّه تعالی «١».

فان الحل هو الاطلاق و الارسال، و اذا اسند ذلک الی الاعیان الخارجیة- کما فی الروایات- یراد به الترخیص فی الفعل، و حیث لا معنی لحلیة تلکم الا باعتبار ما یناسبها و فی المقام المناسب هو التصرف کما صرح به فی التوقیع الشریف، فالمراد من الروایات ان الشارع الاقدس لم یرخص فی التصرف فی مال امرئ الا بطیب نفسه، فلا اشکال فی حرمة التصرف فیه من دون رضا صاحبه.

نعم، لا دلیل علی حرمة الانتفاع ما لم یعد تصرفاً، بل الظاهر جوازه کما فی الاستضاءة بنور الغیر، و المتبع فی صدق التصرف هو العرف.

الضمان و اسبابه

اشارة

. الثانیة: و یضمن ب مجرد الاستقلال بالعقار باثبات الید علیها و الاستیلاء علیها و تسلیم مفاتیحها، من دون ان یزعج المالک و یخرجه منها، و ذلک لحدیث: علی الید ما اخذت حتی تؤدی «٢» و هو و ان کان ضعیف السند، الا انه لاعتماد الاصحاب علیه و استدلالهم به لا مجال للمناقشة فی سنده.

و انما المهم دفع ما اورد علی الاستدلال به، و هو ان کلمة "علی "ظاهرة فی الحکم التکلیفی من جهة ان ظاهرها الاستعلاء، و الاستعلاء المعقول الحاصل فی التکلیف اقرب الی المعنی الحقیقی مما یتصور بالنسبة الی الوضع. و یمکن الجواب عنه بوجوه:

---

(١) فروع الکافی ج ١- ص ۴٢۶- الوسائل باب ۴ من الانفال حدیث ٢.

(٢) سنن البیهقی ج ۶ ص ٩٠ کنز العمال ج ۵ ص ٢۵٧- الرقم ۵١٩٧.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ۴٠٩

]...[

منها: ان حمله علی ارادة التکلیف منه، مستلزم لجعل الظرف لغواً و یقدر یجب و نحوه، بخلاف ما لو حمل الحدیث علی الوضع کما لا یخفی، و هو خلاف الظاهر.

و منها: انه یستدعی تقدیر فعل من الافعال من قبیل رده او حفظه، و هذا التقدیر ایضاً خلاف الظاهر.

و منها: ان تقدیر الردّ لیدل الحدیث علی وجوب رد المال الی صاحبه لا یناسب الغایة، اذ یکون مفاده حینئذ انه یجب الرد الی ان یتحقق الرد، فتکون الغایة تحدیداً للموضوع و هو بعید فی الغایة. و لا یناسب ایضاً ارادة دفع البدل، اذ مع امکان الغایة لا یجب دفع البدل، و مع عدم امکانها لا غایة کی یفی بها. فالمتعین حمل الحدیث علی الوضع.

و هل المراد منه فی الحدیث هو الضمان بالقوة و هو کون درکه علیه مع تلفه کما هو المنسوب الی المشهور، ام هو بمعنی دخول المأخوذ فی العهدة، و للعهدة آثار تکلیفیة و وضعیة من حفظه و ادائه مع التمکن و اداء بدله لو تلف کما اختاره بعض مشایخنا

العظام؟ وجهان.

اقواهما الثانى، لان ما قبل الغايـة من جهـة كونه مغيا بالاداء، لا بـد و ان يكون امرا ثابتا فعليا مستمراً الى ان يتحقق الاداء، و هذا ينطبق على الوجه الثانى، و اما على الاول فلا امر مستمر الى حال الاداء ما لم يتلف.

و قد يقال: ان الحديث مختص بالاستيلاء على الاعيان، و لا يشمل الاستيلاء على المنافع و الاعمال، و حيث انه يترتب على ذلك آثار مهمة فى المسائل الآتية، فلا بد من تنقيحه. و قيل فى وجه الاختصاص امران:

احدهما: ما افاده الشيخ الاعظم ره، و هو عدم صدق الاخذ بالاضافة الى المنافع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٤١٠

[...]

و فيه: انه ليس المراد بالأخـذ الأخـذ بالجارحـة الخاصـة، بل الأخذ كناية عن الاستيلاء على الشـيء، و التعبير عنه بالاخذ باليد من جهة كونه لازما غالبيا له، و الاخـذ بهذا المعنى يصدق بالاضافة الى المنافع، اذ الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين، و ان لم يستوف المنفعة و لم تكن العين مضـمونة، فان المنفعة عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل، فمنفعـة الدابة قابليتها للركوب، و منفعة الدار قابليتها لان يسـكن فيها، و هذه القابلية من مراتب وجود العين، و الاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها و مراتب وجودها، و منها القابلية للانتفاع.

ثانيهمـا: مـا افاده المحقق الاصـفهانى ره، و هو عـدم صـدق التأديـة فى المنافع، فان ظاهر قوله: حتى تؤدى، كون عهـدة المأخوذ مغياة باداء نفس المأخوذ، و المنافع لتدرجها فى الوجود لا أداء لها بعد أخذها فى حد ذاتها.

و فيه: ان الغايـة فى الخبر ليس اداء شـخص ما اخـذ، و الّا بقى الضـمان فى صورة التلف و اداء العوض لعـدم تحقق اداء الشـخص، بل المراد منها اعمّ من اداء الشخص و اداء العوض غاية الامر بنحو الطولية، فاذا كانت العين موجودة لا يرتفع الضمان الا باداء شخصها، و فى صورة التلف يرتفع باداء عوضـها، و المنافع و ان لم يمكن ردها الّا انه يمكن رد عوضها. هذا كله مضافا الى انه يمكن ان يقال: انه و ان سلم اختصاص النبوى بالاعيان و عدم شموله للمنافع، الا ان الاستيلاء على العين و اخذها له احكام منها ضمان منافعها.

فالمتحصل ان الحديث يدل على ثبوت الضمان بمجرد الاستيلاء على مال الغير عيناً و منفعة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٤١١

و لو سكن الدار قهرا مع المالك ضمن النصف

حكم ما لو سكن الدار مع المالك

و لو سـكن الدار قهراً مع المالك ضمن النصف كما عن الشيخ و جماعة، و نسبه فى المسالك الى الاكثر. و ذهب المحقق فى الشرائع الى عـدم ضـمان الاصل، و ان قال- بعـد نقل فتوى الشـيخ-: و فيه تردد. و فى النافع: ففى الضـمان قولان، قال فى الرياض: مبنيان على الاختلاف فى تعريف الغصب، بان المعتبر فيه الاستقلال فلا يضمن، او الاستيلاء فيضمن.

و التحقيق ان يقال: ان فى المقام مسألتين:

احداهما: ضمان الاصل.

الثانية: ضمان المنفعة المستوفاة.

امـا الاـولى، فقـد عرفت ان عمـدة وجه الضـمان فى مـوارد الغصب انمـا هو النبوى: على اليـد مـا اخـذت، و عرفت ان اليـد كنايـة عن

الاستیلاء، و هو کما یکون بالاستیلاء علی تمام الدار مستقلا کذلک یکون بالاستیلاء علی النصف، و لذلک لا شبهة فی ان ید الشخص علی نصف الدار امارة للملکیة ای ملکیة النصف، کما ان الید علی التمام امارة ملکیة الجمیع، و بالجملة صدق الید علی النصف کصدقها علی الجمیع لا ینکر، فهو یدل علی الضمان صدق عنوان الغصب ام لم یصدق. مع انه قد عرفت ان حقیقة الغصب ایضا هی الاستیلاء بلا اعتبار الاستقلال فیه، فعلی ذلک لا یبقی شک فی ضمان الاصل.

و علی تقدیر الضمان انما یضمن بمقدار ما تکون الدار تحت یده، فلو کانت یده علی النصف ضمن النصف، و لو کانت علی الثلث- کما لو کان المالک اثنین ساکنین فی الدار و سکن الغاصب معهما قهرا- ضمن الثلث، و کذا لو کان علی الربع- کما لو

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۱۲

[...]

کان المالک ثلاثا- ضمن الربع، و هکذا. فاطلاق المتن و عبائر الجماعة بانه یضمن النصف، منزل علی ما هو المفروض فی کلماتهم من کون المالک واحدا.

ضمان المنفعة المستوفاة

و أما المسألة الثانیة فالکلام فیها فی موردین:

الاول: فی الدلیل علی الضمان.

الثانی: فیما استدل به علی عدم الضمان.

اما الاول، فیمکن ان یستدل له بوجوه:

۱- عموم علی الید، بناء علی ما تقدم من ان الید علی المنافع انما تکون بتبع الید علی الاعیان، و ان الحدیث یدل علی الضمان.

۲- الروایة الشریفة الواردة فی الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتری، الدالة علی انه یأخذ الرجل ولده بالقیمة و یأخذ الجاریة صاحبها «۱» بتقریب انها تدل علی ضمان المنفعة التی لم یستوفها المشتری، فتدل بالأولویة علی ضمان المستوفاة.

۳- صحیح ابی ولاد الآتی الدال علی ضمان منفعة المغصوب المستوفاة، قال علیه السلام: أری له علیک مثل کراء البغل ذاهبا من الکوفة الی النیل، و مثل کراء البغل من النیل الی بغداد، و مثل کراء البغل من بغداد الی الکوفة، و توفیه ایاه «۲».

---

(۱) الوسائل- باب ۸۸- من ابواب نکاح العبید و الاماء حدیث ۳.

(۲) الوسائل باب ۷ من کتاب الغصب حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۱۳

[...]

۴- قاعدة من اتلف المستفادة من النصوص الواردة فی موارد خاصة، جملة منها واردة فی موارد العقود الاستیمانیة کالوکالة و المضاربة و الرهن و غیرها فانه حکم فیها بالضمان مع التعدی و التفریط، و جملة منها فی غیرها، مثل ما ورد فی القصار یخرق الثوب الدال علی انه ضامن بما جنت به یده «۱» و غیره.

و دعوی عدم صدق المال علی المنفعة، مندفعة بما مر من ان المالیة لا تکون من المقولات الخارجیة، بل هی متقوّمة برغبة الناس فی الشیء رغبة عقلائیة، و لذا یکون الکلی فی الذمة مالا، و عمل العبد مالًا، و کذا عمل الحر بعد وقوع المعاوضة علیه.

و أما قاعدة احترام مال المسلم، و نفی الضرر، فسیمر علیک فی بعض المباحث الآتیة انه لا یصح الاستدلال بهما علی الضمان.

و أما الثانی، فقد استدل لعدم الضمان بوجوه:

۱- النبوی المرسل: الخراج بالضمان «۲» بتقریب انه یدل علی ان من ضمن شیئا و تقبّله لنفسه، فخراجه- ای منافعه- له مجانا.

و تنقیح القول فی النبوی علی فرض تسلیم قوة سنده لعمل قدماء اصحابنا به مع انه محل نظر، فانه و ان استدل به شیخ الطائفة فی جملة من الموارد فی محکی مبسوطه، و المصنف ره فی باب الغصب من التذکرة، الا ان هذا المقدار لا یکفی فی جبر ضعف السند.

و بعد تسلیم ان ما ذکره المصنف من اختصاص النبوی بالبیع، انما هو اجتهاد منه فی تطبیقه علی البیع- انه فیه احتمالات:

احدها: ان المراد بالضمان المعنی الاسم المصدری، و کونه بمعنی التعهد المالی،

---

(۱) الوسائل- باب ۲۹ من الاجارة.

(۲) راجع صحیح الترمذی ج ۵ ص ۲۸۵- و سنن ابی داود ج ۲- ص ۲۵۵- و غیرهما من کتب العامة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۱۴

]...[

فیکون مفاد الخبر انّ المنافع لمن هو ضامن للعین و ان کان ضمانه قهراً علیه، کما فهمه ابو حنیفة.

ثانیهما: ان المراد بالضمان هو المعنی المصدری، ای احداث الضمان امضاه الشارع ام لا- فیکون مفاده ان المنافع لمن اقدم علی الضمان، فیشمل العقود المعاوضیة صحیحة کانت ام فاسدة، و لا یشمل موارد عدم اقدام الشخص علی الضمان کما فی الغصب، و هو الذی فهمه ابو حمزة و جعله مدرکا لعدم ضمان المنافع فی المقبوض بالعقد الفاسد.

ثالثها: ان المراد بالضمان المعنی المصدری مع امضاء الشارع له، فیختص الخبر بالعقود المعاوضیة الصحیحة، و الظاهر انه الذی فهمه المشهور منه.

رابعها: ان المراد به کون تلف العین مملوکة للشخص، یعنی ان المنافع تکون لمن کانت العین ملکه بحیث لو تلفت تلفت من ملکه، و هو الذی فهمه شیخ الطائفة من الخبر، فیکون مفاده تبعیة ملکیة المنافع لملکیة العین، فیکون اجنبیا عن المقام.

خامسها: ان المراد بالضمان احد المعان الثلاثة الاول، و لکن مع کون المراد به ضمان المنفعة لا العین، فیکون مفاده ان المنافع تملک بلا ملک للعین، فیدل علی صحة الاجارة.

سادسها: ان المراد به ضمان الارض، و المراد بالخراج الضریبة المعینة للاراضی الخراجیة، فیکون مفاده ان الخراج یثبت فی عهدة ضامن الارض و متقبلها.

سابعها: ان المراد به ضمان التکفل، فیکون مفاد الخبر ان فائدة العین انما تکون بازاء دخول العین فی کفالة مالکها، بحیث لو کان حیواناً لکان علیه نفقته و حفظه و اصلاحه.

اما الاحتمال الاخیر فیدفعه ان ملکیة المنفعة انما تکون تابعة لملک العین لا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۱۵

و لو غصب حاملا ضمن الحمل.

لکونها فی کفالته، مع انه یختص الخبر حینئذ بالحیوان و لا یشمل غیره.

و أما الاحتمال السادس فهو خلاف اطلاقه، فان حذف المتعلق یفید العموم.

و أما الاحتمال الاول فیدفعه صحیح ابی ولاد، الدال علی ضمان المنافع زیادهٔ علی ضمان العین.

و أما الثانی فیدفعه انه مع عدم امضاء الشارع لا تحقق حقیقهٔ لاحداث الضمان، مع انه یلزم منه حینئذ ضمان المالک للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسلیم، اضف الیه ان لازمه انه لو ضمن بشیء فی ضمن عقد صحیح کونه مالکا لمنافعه.

و أما الرابع فیدفعه ان المراد بالضمان هو ما یراد به فی سائر موارد استعمالاته، بل سائر موارد استعمال مشتقاته و هو التعهد المالی، ففی العقود الصحیحهٔ یکون هذا المعنی، ای تعهد کل منهما مال صاحبه بتسبیب من المتعاقدین مع امضاء الشارع، و فی العقود الفاسدهٔ یکون ذلک بجعل من الشارع. و تمام الکلام فی محله.

فیدور الامر بین الثالث و الخامس، و الاظهر هو الاول منهما، فان ظاهر القضیهٔ ان المنفعهٔ انما تترتب علی الضمان ترتب العلهٔ الغائیهٔ لشیء علیه التی هی الداعیهٔ الیه، و معلوم ان الداعی للاقدام علی الضمان فی العقود المعاوضیهٔ هی المنافع.

فالمتحصل انه لا- یدل علی عدم الضمان فی ما هو محل البحث، و مع الاغماض عما ذکرناه لاجمال الخبر لا یستند الیه فی الحکم بعدم الضمان، فالمنفعهٔ المستوفاهٔ مضمونهٔ.

و بما ذکرناه ظهر انه لو غصب حاملا ضمن الحمل، للید علیه بتبع الید علی الحامل، و للخبر المتقدم.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۱۶

و لو منع المالک من امساک الدابهٔ المرسلهٔ، او من القعود علی بساطه، لم یضمن

منع المالک من اخذ ماله

اشارهٔ

الثالثهٔ: و لو منع المالک من امساک الدابهٔ المرسلهٔ، او من القعود علی بساطه، لم یضمن کما صرح به جماعهٔ. و تنقیح القول فی المقام یقتضی بیان امور:

منها: ان عمل الحر مال، اذ المالیهٔ من الامور الاعتباریهٔ، و تعتبر للشیء من جهة کونه مما یرغب و یمیل الیه النوع، أو ان نظام الاجتماع یتوقف علیه، و من المعلوم ان عمل الحر مال بهذا المعنی، غایهٔ الامر لا یکون ملکا للعامل و لا لغیره الا بوقوع المعاوضهٔ علیه، فحینئذ یصیر ملکا لمن جعل له.

و منها: ان الضمان لا بدّ و ان یکون للید، او الاتلاف، او الاستیفاء، و مع عدم هذه الاسباب لا ضمان.

و أما قاعدهٔ لا ضرر التی یستدل بها فی هذه المقامات کثیراً للضمان، فهی لا تصلح لاثباته، فان غایهٔ ما یمکن ان یقال فی تقریب الاستدلال بها: ان حکم الشارع بعدم الضمان ضرری علی المالک او علی من منع من العمل، فینتفی بحدیث نفی الضرر «۱» فیحکم بالضمان.

و فیه انه- بعد تسلیم مبنیین اللذین علیهما بنی الشیخ الاعظم فی محله، و هما اساس الاستدلال فی المقام: احدهما ان المنفی بحدیث لا ضرر لیس خصوص الاحکام الوجودیهٔ المجعولهٔ، بل کل ما هو من الاسلام وجودیا کان او عدمیا. ثانیهما: ان مدلول الحدیث نفی الحکم الناشئ من قبله الضرر، کان الضرر ناشئا من متعلقه

---

(۱) الوسائل باب ۱۲ من کتاب احیاء الموات حدیث ۲- و باب ۱۷ من ابواب الخیار.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۱۷

[...]

ام کان ناشئاً من نفسه، کلزوم البیع الغبنی-: انه لا یصح الاستدلال بالقاعدة فی المقام، من جهة ان حدیث لا ضرر انما یدل علی نفی الحکم الناشئ من قبله الضرر، و ان الضرر یکون منفیاً فی عالم التشریع، و لا یدل علی تدارک الضرر المتحقق من غیر جهة الحکم الشرعی، فلو تضرر احد فی تجارته مثلا لا یجب علی المسلمین تدارک ضرره، و هذا من الوضوح بمکان.

و فی المقام اذا حکم الشارع بالضمان، فانما یکون من جهة لزوم تدارک الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهة نفی الضرر، فالحدیث لا یثبت ذلک. مع ان الحدیث لو کان مثبتا للزوم التدارک، لما کان وجه للزوم التدارک علی شخص خاص لو لم ینتفع به و لا أتلفه، فلیکن سدّ ضرره من بیت المال. فالانصاف ان قاعدة نفی الضرر لا تفی باثبات المطلب.

قاعدة الاحترام

و منها: انه قد یستدل علی الضمان فی هذا الباب بقاعدة احترام مال المسلم الثابتة، بما دل علی انه لا یحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه «۱» و قوله صلّی اللّه علیه و آله: حرمة ماله کحرمة دمه «۲» و قوله علیه السلام: لا یصلح ذهاب حق احد «۳».

تقریب دلالة الاول علی الضمان ان الحلال هو مالا تبعة له، فاذا نسب الی

(۱) الوسائل باب ۳ من ابواب مکان المصلی حدیث ۱- و ۳- المستدرک ج ۱- ص ۲۱۲ و الوسائل باب ۱ من ابواب القصاص فی النفس حدیث ۳.

(۲) الوسائل باب ۳- من ابواب القصاص فی النفس حدیث ۳.

(۳) الوسائل باب ۴۰ من ابواب الشهادات حدیث ۱ و ۴.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۱۸

[...]

الفعل کان معناه انه لا یعاقب علیه فیستفاد منه الحلیة التکلیفیة، و اذا نسب الی المال کما فی المقام کان معناه ما لا خسارة من قبله، فمعنی لا یحل فی المقام انه مع عدم رضا المالک یکون المال مما له تبعة و خسارة و عوض.

و فیه اولا: ان ظاهر هذا الترکیب فی نفسه ارادة الحکم التکلیفی و یقدر التصرف، کما مر فی المسألة الاولی.

و ثانیا: ان حمل الحلیة علی الوضعیة لا یلائم مع حرف المجاوزة فی قوله: الا عن طیب نفسه، فان ظاهره صدور شیء عن الطیب، فیکون ظاهره حلیة التصرف عن الرضا. مع انه لو تم دلالته علی الضمان، یکون مختصا بالمنافع المستوفاة، و لا یدل علی الضمان فی المنافع غیر المستوفاة و العمل.

و أما حدیث: حرمة ماله کحرمة دمه، فتقریب الاستدلال به ان الحرمة انما نسبت الی المال، و ظاهر ذلک ارادة احترام المال من حیث انه مال، و احترامه کذلک انما یکون بالمعاملة معه معاملة ماله مالیة یتدارکها، فعدم تدارک مالیته معناه معاملة الهدر معه، فرعایة مالیته ردّه او رد عوضه لو تلف.

و فیه اولا: ان ظاهره و لو بقرینة السیاق ارادة الحرمة التکلیفیة منه، فان قبله هکذا: سباب المؤمن فسوق، و قتاله کفر، و اکل لحمه معصیة. فیکون المراد من حرمة ماله بواسطة تنظیره بحرمة دمه، شدة العقوبة المعبّر عنها بالکفر.

و ثانیا: انه لا یشمل المنافع غیر المستوفاة و العمل غیر العائد نفعه الیه.

و ثالثا: ان الظاهر منه من جهة اضافة المال الی المؤمن ارادة رعایة مالکیته، و هی لا تقتضی ازید من عدم التصرف فیه بلا رضاه، لا تدارکه لو تلف.

و أما حدیث: لا- یصلح ذهاب حق احد، فلا یدل علی الضمان، لان الکلام انما هو فی ثبوت الحق فی المقام، و الحکم لا یصلح لاثبات موضوعه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۱۹

و لو غصب من الغاصب تخیر المالک فی الاستیفاء ممن شاء

فالمتحصل ان قاعدة الاحترام ایضا لا تثبت الضمان.

و منها: ان الاتلاف المضمن اعمّ من اعدام الموجود و المنع من الوجود.

اذا عرفت هذه الامور، فاعلم انه فی الفرع الاول یمکن القول بالضمان، ای ضمان الاصل لو تلفت الدابة، و ضمان منفعتها الفائتة.

اما الاول فلانه یصدق انه بمنع المالک من امساک الدابة اتلفها علیه، فمقتضی قاعدة الاتلاف هو الضمان، و به یظهر وجه ضمان منفعتها، فان منع المالک من امساک الدابة کحبس العین و منع مالکها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا. و ما قیل فی وجه عدم ضمان المنفعة غیر المستوفاة سیظهر فی بعض المباحث الآتیة عدم تمامیته، و ان الحق ضمانها.

و أما فی الفرع الثانی فکما افاده الاظهر عدم الضمان، لان عمل الحر لیس ملکا له کی تشمله قاعدة من اتلف مال الغیر، و الفرض انه لیس تحت الید و لا استوفاه. و قاعدتا لا ضرر و الاحترام لا تدلان علی الضمان، فلا موجب للضمان و الاصل عدمه، و سیأتی تمام الکلام فیه.

تعاقب الایدی

الرابعة: و لو غصب غاصب من الغاصب تخیّر المالک فی الاستیفاء ممن شاء، لان المال وقع تحت ید کل منهما، فموجب الضمان بالنسبة الی کل منهما متحقق، فیکون المال فی عهدة کل منهما، لا بمعنی انه لو تلف ثبت الضمان علی کل منهما مستقلا.

توضیح ذلک: انه قد عرفت ان معنی الضمان هو التعهد المالی، و ان المال فی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۲۰

و لا یضمن الحر

غیر العقود الصحیحة من موارد الضمان یکون فی عهدة من وضع یده علیه، فاذا فرض تعدد الایدی تکون العین الواحدة فی عهدة کل من اصحابها، و لکن حیث ان معنی کون شیء واحد فی عهدات متعددة خروج کل منهم عن عهدته، و من المعلوم ان الشیء الواحد لیس له الا تدارک واحد، کان لازم ذلک تسلط المالک علی مطالبة کل منهم الخروج عن عهدته، و مع التلف یستحق علی واحد منهم البدل علی البدل، فاذا استوفی العین او عوضها من احدهم سقط عهدة الباقین.

ثمّ ان قرار الضمان انما یکون علی من تلف المال فی یده. و اجمال وجهه: ان الغاصب الاول وضع یده علی مال الغیر فنفس العین تثبت فی عهدته، و الغاصب الثانی وضع یده علی ما ثبت فی عهدة الغیر، فهو یضمن المال المتصف بهذا الوصف و تثبت العین بهذه الخصوصیة فی ذمته. فاذا تلف المال و أدّی الغاصب الاول عوضه فله ان یرجع الی الغاصب الثانی، فان ذلک لازم ضمانه للمال الذی له بدل، الذی مرجعه الی ضمان واحد من البدل و المبدل علی سبیل البدل، فعلیه ان یدفع الی الاول، و یکون ما یدفعه الیه تدارکا لما استقر تدارکه فی ذمة الاول. و به یظهر وجه عدم رجوع الثانی الی الاول لو أدّی العوض إلی المالک. و قد مر تفصیل القول فیه و فی

الاشکالات الواردة و نقدها و الفروع المتفرعة فی کتاب البیع فی الجزء السادس عشر من هذا الشرح، و انما الغرض فی المقام الاشارة الی ما هو الوجه فی ذلک.

عدم ثبوت الغصب فیما لیس بمال کالحر

الخامسة: و لا یثبت الغصب فی ما لیس بمال کالحر، ف لا یضمن الحر بالاستیلاء علیه عینا أو منفعة، لعدم صدق الغصب، و لا ینطبق علیه شیء من قواعد

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۲۱

الا ان یکون صغیرا و الا اجرة الصانع لو منعه عنها،

باب الضمان، من الید و الاتلاف و الاستیفاء کما مر. نعم، لو اصابه تلف من قبل الغاصب من نحو الجنایة علی نفسه او طرفه ضمنه اجماعا، کما یأتی فی کتاب الدیات.

و فی غیر هذه الصورة عدم الضمان اجماعی فی الکبیر مطلقاً، و الصغیر اذا کان تلفه بالموت الطبیعی، و لو کان التلف لا بسبب الغاصب و لا من قبل اللّه تعالی- کالموت بلذع الحیة او افتراس السبع و نحو ذلک- ففیه قولان، احدهما الضمان، و إلیه اشار المصنف ره بقوله الا ان یکون صغیرا. و عن الشیخ فی المبسوط و المصنف فی المختلف و الشهید فی الدروس و غیرهم فی غیرها اختیاره.

و استدل له بانه سبب التلف، و ان الصغیر لا یستطیع دفع المهلکات عن نفسه و عروضها، و بخبر وهب عن جعفر عن ابیه علیهما السلام: ان علیا علیه السلام: کان یقول: من استعار عبدا مملوکا لقوم فعیب فهو ضامن، و من استعار حرا صغیرا فعیب ضمن «۱» بناء علی ان الاستعارة اهون من الغصب.

و اورد علی الاول فی محکی التذکرة بقوله: ان تعلیلهم المشار الیه غیر صالح للحجیة و تخصیص اصالة البراءة القطعیة. علی الثانی: و بانه ضعیف السند غیر معمول به علی اطلاقه، و لذا ذهب جماعة الی عدم الضمان.

و الحق: ان هذه المسألة لا بدّ و ان تعنون فی کتاب الدیات فی مباحث الجنایات، و غیر مربوطة بمسائل الغصب، لان الحر لا یتعلق به الغصب، و الحق فیها انه بین اخذ الغاصب للحر کبیرا کان او صغیرا ان لم یکن فعل فاعل مختار فاصلة ضمن و الا فلا، و تمام الکلام موکول الی محله.

و کذا لا یضمن اجرة الصانع لو منعه عنها ان لم یکن اجیرا و الا

---

(۱) الوسائل باب ۱ من ابواب کتاب العاریة حدیث ۱۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۲۲

و لو استعمله فعلیه اجرة عمله، و لو ازال القید عن العبد المجنون او الفرس ضمن، و لو فتح بابا فسرق غیره المتاع ضمن السارق.

فیضمن، و کذا یضمن لو استعمله فعلیه اجرة عمله کما مر الکلام فی جمیع تلکم مفصلا فی کتاب الاجارة.

و مما ذکرناه فی المسائل المتقدمة ظهر انه (لو ازال القید عن العبد المجنون او الفرس) و نحوه فشرد ضمن. و اما (لو فتح بابا فسرق غیره المتاع) فلا اشکال فی انه یضمن السارق، انما الکلام فی ضمان من فتح الباب و عدمه، فالمشهور بین الاصحاب هو الثانی، و عن جماعة ضمانه.

و استدل للاول باقوائیة المباشر من السبب، و للثانی فی الریاض بحدیث نفی الضرر «١». و لکن القوة لا تدفع الضمان عن ذی السبب ان وجد ما یقتضی ضمانه، و حدیث نفی الضرر قد مر عدم دلالته علی الضمان.

و الحق ان یقال: انه حیث لا ـ ید هنا للسبب علی المال و لا استیفاء، فلو کان هناک ضمان فانما هو من جهة قاعدة الاتلاف، و لا إشکال فی صدق التلف علی السرقة، کما یشهد به خبر عقبة بن خالد فی تلف المبیع قبل قبضه حیث جعل فیه سرقة المتاع من التلف «٢»، و علیه فحیث ان الموجب للسرقة و الجزء الاخیر لها هو فتح الباب، اذ لو لم یفتح لما تمکن من السرقة، فیصدق علی فتح الباب انه اتلاف للمال، فیشمله قاعدة من اتلف. و بالجملة فتح الباب یعدّ عرفا اتلافاً للمال ان تعقبه سرقة المتاع فیوجب الضمان، هذا غایة ما یمکن ان یقال فی وجه الضمان، و مع ذلک فی النفس منه شیء، سیما و قد ادعی الاجماع علی عدم الضمان فی المقام فی کثیر من الکلمات.

---

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخیار کتاب التجارة.

(٢) الوسائل- باب ١٠- من ابواب الخیار.

و یضمن الخمر و الخنزیر للذمی و بقیمتهما عندهم مع الاستتار لا للمسلم

ضمان الخمر و الخنزیر

السادسة: قالوا و یضمن الخمر و الخنزیر للذمی و بقیمتهما عندهم مع الاستتار لا ـ للمسلم، و تنقیح القول فی المقام بالبحث فی موردین:

الاول: فی الخمر.

الثانی: فی الخنزیر.

اما الاول، فتارة نقول ان الخمر مال و تملک کما هو الحق، لان لها منفعة محللة و هی جعلها خلا و الانتفاع بها. و لان جواز شرب الذمی ایاها منفعة محللة توجب صیرورتها مالا. و لموثق ابن ابی عمیر عن جمیل، قال قلت لابی عبد اللّه علیه السلام: یکون لی علی الرجل الدراهم فیعطینی بها خمرا، فقال علیه السلام: خذها ثمّ افسدها «١». و لا ـ ینافیه ما دل من النصوص علی عدم جواز بیعها، فانه یکون الاعطاء فی الخبر بعنوان اداء الدین لا بعنوان البیع، فلا وجه لما فی مکاسب الشیخ الاعظم من ان المراد بالخبر: اما اخذ الخمر مجانا ثمّ تخلیلها، أو اخذها و تخلیلها لصاحبها ثمّ اخذ الخل وفاء للدین، بعد کون کل منهما خلاف الظاهر. و علیه فلا اشکال فی انه لو اتلفها متلف أو تلف تحت یده العادیة یکون ضامنا، لعموم علی الید، و قاعدة من اتلف، بعد عدم ورود مخصص علیهما بالنسبة الیها.

و اخری نقول بانها لا تملک، و ان غایة ما یدل علیه الوجهان الاولان کونها مالا لا ملکا، و الخبر محمول علی ما افاده الشیخ قده او غیره.

فان بنینا علی انها مال کما هو الصحیح، فحیث ان الاظهر ثبوت حق

---

(١) الوسائل- باب ١٣- من ابواب الاشربة المحرمة حدیث ۶.

[...]

الاختصاص بالنسبة الیها لمن هی تحت یده من جهة الحیازة او کون اصلها له، لان علیه بناء العرف و العقلاء، و لم یرد من الشارع الاقدس نهی عن ذلک، بل لا یبعد دعوی سیرة المتشرعة علیه سیرة مستمرة الی زمان المعصوم علیه السلام، فثبوت الضمان لا کلام فیه، لعموم علی الید، و قاعدة الاتلاف، و الاجماع. و لعله الی ذلک نظر الاسکافی حیث قال: انه یحکم له بقیمتها خلا، لان له حق الید فکان علیه الضمان. و علی التقدیرین لا فرق بین کونها للمسلم او للذمی.

و ثالثة نقول انها لیست بمال من جهة انه لا یجوز شرب الذمی ایاها، بل غایة ما ثبت بالدلیل انه لو استتر بالشرب لا یحدّ، او انه لا یکفی فی انتزاع المالیة ذلک و لا القابلیة لان تصیر خلا، فالظاهر حینئذ عدم الضمان فانه بلحاظ المالیة، من غیر فرق علی هذا ایضا بین کونها للذمی او المسلم.

و أما الثانی، فقد مر فی الجزء الرابع عشر من هذا الشرح ان مقتضی الجمع بین النصوص «۱» المختلفة الواردة فی الخنزیر، هو جواز بیعه للذمی، و عدم جواز البیع من المسلم، و ذلک- بضمیمة ما مر من جواز اکل الذمی لحمه، و ان له غیر الاکل منافع محللة اخر، هی الانتفاع بجلده و شعره، بل بلحمه فی غیر الاکل- کاف فی البناء علی انه مال و ملک، سیما و قد دل الدلیل «۲» علی جواز بیع شعره مطلقا. و علیه فلو اتلفه متلف، او تلف تحت یده العادیة، یکون ضامنا.

فالمتحصل مما ذکرناه ان الاظهر هو الضمان، و لو کان الخمر و الخنزیر للمسلم. نعم، لا بدّ من تقویمهما علی الغاء جهة اکل المسلم و شربه ایاهما، او الغاء الجهتین مطلقا، و بهذا الاعتبار ینقص قیمتها. هذا ما تقتضیه القواعد، فان ثبت اجماع علی

---

(۱) الوسائل باب ۵۷ و ۵۸ و ۶۰ و ۶۱ من ابواب ما یکتسب به.

(۲) الوسائل باب ۵۷ و ۵۸ و ۶۰ و ۶۱ من ابواب ما یکتسب به.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۲۵

و یجب رد المغصوب،

خلافه فهو المتبع.

وجوب رد المغصوب الی مالکه

اشارة

السابعة: لا خلاف و لا اشکال فی انه یجب رد المغصوب علی مالکه ما دامت العین باقیة.

و یشهد به- مضافا الی ما دل علی وجوب رد المال الی صاحبه مطلقا، کموثق سماعة عن الامام علیه السلام عن رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: من کانت عنده امانة فلیؤدها الی من ائتمنه علیها، فانه لا یحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطیب نفسه منه «۱» فان اطلاق التعلیل سیما و هو مذکور لوجوب ردّ الامانة یشمل الامساک علی مال الغیر، و النصوص المتقدمة الدالة علی عدم جواز التصرف فی مال الغیر و منه الامساک، و النصوص المتفرقة الواردة فی الابواب المتفرقة فی موارد الامانات المالکیة و الشرعیة و غیرها- جملة من النصوص الخاصة:

کخبر حماد بن عیسی، عن بعض اصحابنا، عن العبد الصالح علیه السلام، و ذکر ما یختص بالامام الی ان قال: و له صوافی الملوک ما

کان فی ایدیهم علی غیر وجه الغصب، لان الغصب کله مردود «۲».

و ما فی نهج البلاغة، قال امیر المؤمنین علیه السلام: الحجر الغصب فی الدار رهن علی خرابها، قال الرضی: و یروی هذا الکلام للنبی صلّی اللّه علیه و آله و سلم «۳».

---

(۱) الوسائل- باب ۳- من ابواب مکان المصلی حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۱- من کتاب الغصب- حدیث ۳.

(۳) الوسائل باب ۱ من کتاب الغصب حدیث ۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۲۶

]...[

و خبر عبد العزیز بن محمد الدراوردی عن ابی عبد اللّه علیه السلام عمّن أخذ ارضا بغیر حقها و بنی فیها، قال علیه السلام: یرفع بنائه و یسلم التربة الی صاحبها لیس لعرق ظالم حق «۱» ثمّ قال: قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله من اخذا رضا بغیر حق کلف ان یحمل ترابها الی المحشر «۲» و نحوها غیرها.

لا خلاف فی ان المراد بالرد فی هذا الباب هو الاقباض و التسلیم الی مالکه، و لا یکفی التخلیة بین المال و صاحبه کما فی باب الودیعة، اذ کما ان کون المال تحت سلطنة الغاصب و استیلائه فی غیر محله فلا بد من ایصاله الی محله، کذلک کونه عنده خارجا یکون فی غیر محله فلا بد من ایصاله الیه بالاقباض، و خبر عبد العزیز ایضا یشهد به، بل لعل الظاهر من الرد و المفهوم عرفا منه ذلک.

کما لا خلاف فی انه یجب الرد و ان تعسر و استلزم ذهاب مال الغاصب- کالخشبة المستدخلة فی البناء و اللوح و السفینة و الخیط فی الثوب و ما شاکل- بلا خلاف فیه، لاطلاق بعض ما مر و صراحة آخر. نعم، فی خصوص ما لو کان المغصوب بحیث لو ارید ردّه لزم منه عدم بقاء القیمة و المالیة له- کالصبغ اذا صبغ ثوب به، و الجص فی البناء، و الخیط اذا خیط به الثوب، و ما شاکل- اشکال و اختلاف بین الاصحاب، و فیه اقوال:

۱- وجوب الردّ مع ردّ تمام القیمة، اختاره فی المسالک و غیرها.

۲- عدم وجوبه بل یجب رد القیمة خاصة، اختاره المصنف ره، و لعله المشهور.

۳- صیرورة ذلک الشیء مشترکا بین الغاصب و المغصوب منه.

---

(۱) الوسائل باب ۳ من کتاب الغصب حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۳ من کتاب الغصب حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۲۷

فان تعیب ضمن الارش،

و الاظهر عدم وجوب الرد، و الاکتفاء بردّ بدله، و لا یستحق المالک ذلک الشیء، و ذلک اذ الصبغ أو الخیط أو الجص یعدّ فی هذه الموارد تالفا، فیکون الغاصب ضامنا للمثل أو القیمة، و یصیر ذلک ملکا للمغصوب منه بدلا عن ماله.

و أما المبدل منه فهو یخرج عن ملکه لوجوه:

۱- ان الملکیة من الاعتباریات، و الاعتبار انما یکون بلحاظ الاثر و بدونه لغو، فلا یکون هناک اعتبار الملکیة.

٢- ان اهل العرف يفهمون من الامر بدفع البدل حصول المعاوضة و المبادلة بين العينين، و صيرورة كل منهما ملكا للآخر و بدلا منه.

٣- ان مقتضى عنوان التدارك و الغرامة ذلك، اذ مع حكم الشارع بتدارك ماليته بتمامها، بعنوان تدارك ما فى العهدة، و بعنوان انه اداء للمتعذر، لا مناص عن الالتزام بخروجه عن ملكه، و حيث ان كون المتعذر من المباحات الاصلية لم يقل به احد، فلا بد من البناء على صيرورته ملكا للضامن.

و محصل الكلام: ان المال المغصوب تارة لا يرد اليه نقص برده الى مالكه، و اخرى يلزم منه تلف مقدار من اوصافه موجب لنقص فى ماليته، و ثالثة يوجب تلف العين عرفا بمعنى انه لا يبقى له مالية اذا اريد رده.

اما القسم الاول فيجب رده و ان تضرر الغاصب به.

و أما فى الثانى فيجب الرد مع ضمان النقص الحاصل، و إليه اشار المصنف ره بقوله فان تعيب ضمن الارش، اما وجوب ردّ العين فلما مر، و اما وجوب الارش فلحديث على اليد و قاعدة الاتلاف.

و أما فى القسم الثالث، فان كان المال المغصوب بحيث لا يعد تالفاً كما لو امتزجه بمساويه، فسيأتى حكمه عند تعرض المصنف ره له. و ان كان يعدّ تالفا كما فى

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ٤٢٨

[...]

الامثلة المتقدمة، فيجب رد القيمة دون العين، بل هى تصير برد البدل ملكا للغاصب. و اما ما اشتهر من ان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال، فلم اظفر بما يكون مأخذاً صحيحا له، كى يقال انه يقتضى وجوب رد العين مع رد القيمة.

بدل الحيلولة

اشارة

بقى فى المقام فرعان:

احدهما: ما اذا تعذر ايصال المال الى صاحبه، و لم يكن بحيث يصدق عليه التالف، فهل يلزم على الغاصب دفع البدل و هو المسمى عندهم ببدل الحيلولة، ام لا يجب ذلك؟ و تنقيح القول فيه فى جهات.

الاولى: فى الدليل على الضمان، بمعنى لزوم دفع البدل، و قد استدل له بوجوه.

١- قاعدة نفى الضرر «١» بدعوى ان صبر المالك الى حين الوصول اليه ضرر عليه، فجاز له الزام الغاصب بالبدل.

و فيه: ان قاعدة نفى الضرر قد مر انها لا تصلح لاثبات الضمان.

٢- قاعدة على اليد «٢» بدعوى ان اداء العين كما يكون باداء بدلها عند تلفها، يكون باداء بدل الحيلولة.

و فيه: ان مفاد حديث على اليد ان كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف، فعدم دلالته على الضمان ببدل الحيلولة واضح. و ان كان مفاده بقاء العين فى العهدة الى

---

(١) الوسائل- باب ١٢ من احياء الموات و باب ١٧ من ابواب الخيار.

(٢) كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ و سنن البيهقى ج ۶ ص ٩٠.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۲۹

[...]

حین الخروج عنها، فهو انما یدل علی لزوم اداء العین ما دامت موجودة، و تدارک مالیتها باداء حصة مماثلة لها بعد التلف. و بعبارة اخری: ما دامت موجودة لا یکون اداء بدل الحیلولة اداء لها، و لذا لا تخرج عن ملک مالکها، و لو کان ذلک اداء لها کان اللازم خروجها عن ملکه،

۳- ان فی ادائه جمعا بین الحقین، بعد فرض رجوع البدل الی الضامن لو ارتفع التعذر.

و فیه: ان الحق الثابت للمالک انما هو بالاضافة الی العین نفسها لا بدّ لها مع بقائها، مع انه علی فرض التنزل یمکن الجمع بین الحقین بوجه آخر، و هو الزام الغاصب بالشراء، بل هذا الجمع اولی کما لا یخفی.

۴- قاعدة السلطنة «۱». اما بدعوی السلطنة علی مطالبة العین للتوسل بها الی مطالبة البدل واخذه، أو بدعوی ان من شئون السلطنة علی العین السلطنة علی مالیتها- و بعبارة اخری، للعین شئون ثلاثة: من جهة الشخصیة، و من حیث الطبیعیة النوعیة، و من حیث المالیة، و تعذر مطالبة الاولی لا یمنع عن مطالبة غیرها- او بدعوی السلطنة علی مطالبة السلطنة علی الانتفاعات بماله.

و فی الجمیع نظر. اما الاولی فلان السلطنة علی مطالبة العین مع امکان ردها ثابتة، و لازمها السعی فی ذلک بالسعی فی مقدماته لارد البدل. و مع عدم امکانه لا تکون ثابتة، لعدم القدرة، و الامتناع بالاختیار و ان کان لا ینافی الاختیار الا انه عقاباً لا خطابا.

و أما الثانیة فلان مالیة العین القائمة بها- ای تلک الحصة الخاصة من المالیة-

---

(۱) البحار ج ۱ ص ۱۵۴ الطبع القدیم ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۳۰

[...]

یتعذر مطالبتها بتعذر مطالبة العین، و المالیة القائمة ببدلها حصة اخری من المالیة، و لم یثبت السلطنة علی مطالبتها.

و أما الثالثة فلان السلطنة علی الانتفاعات بماله ساقطة، للتعذر.

۵- انه فوت سلطنة المالک و اتلفها، فیجب علیه تدارک ذلک. و فیه: انما للمالک هو الملک لا السلطنة، بل هی من الاحکام المترتبة علیه، فلا یتعلق بها الضمان.

۶- اطلاق النصوص المتقدمة. و فیه: انها ظاهرة او منصرفة الی صورة صدق التلف عرفا.

۷- الاجماع، و هو کما تری.

فالمتحصل انه لا دلیل علی بدل الحیلولة کما اعترف به جمع من المحققین. نعم، بما ان الغاصب فوت منافع العین علی المالک، یکون ضامنا للمنافع، و قد مر ان المنافع غیر المستوفاة ایضا مضمونة، لحدیث علی الید، و قاعدة الاتلاف.

مورد بدل الحیلولة

الجهة الثانیة: فی بیان مورد بدل الحیلولة: فاعلم انه اذا تمکن الغاصب من ردّ العین، و لکنه لم یردّها بل حال بین المال و مالکه، لیس هناک بدل الحیلولة بل یکون الغاصب مکلفاً بردّ العین، کما انه اذا تلفت العین او تلف جمیع الانتفاعات فی جمیع الازمنة خرجت

بـذلک عن الملکیـة کمـا لو انکسـرت المرآة. و لیس مورد بـدل الحیلولـة کمـا انه لیس مورده ما لو تلف بعض الانتفاعات فی جمیع الازمنة کما لو صار الحیوان الذی یطلب ظهره موطوءا، فانه لم یتلف منه الا الانتفاع به دائما فی بلد الوطء لا فی سایر البلاد، بل مورده ما اذا تلف جمیع الانتفاعات فی بعض الازمنة، لعدم تمکن

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۳۱

[...]

الضامن من الرد.

ثمّ ان مورده مـا اذا کـان التعـذر لعـارض خـارجی، و امـا اذا کـان ذلک من جهـة ان رد العین مسـتلزم لخروجها عن المالیـة، کالخیط المغصوب الذی خیط به الثوب، اذ قد یکون اخراجه من الثوب موجبا لتلفه، فلا یکون موردا له، و بذلک ظهر ما فی اسـتدلال صاحب الجواهر، لوجوب البدل فی المثال بالحیلولة.

و لاـ یعتبر فیه سوی مـا ذکر، و علیه فصوره اربع- سوی الصورة الملحق فیها المال بالتلف-: اذ ربما یرجی فیها التمکن من العین قریبا، و ربما یرجی بعد مضـی مدة طویلة. و علی التقدیرین، اما ان یتعذر علی الغاصب اعادة العین و انما یرجی ان تعود بنفسـها کطائر اعتاد العود، و اما ان لا یتعذر. و علی القول بثبوت بدل الحیلولة یثبت فی جمیع هذه الصور، و لا وجه لتخصـیصه بما اذا کان یرجی التمکن بعد مدة طویلة. نعم، اذا کان زمان التعذر یسیرا جدا لا یکون مشمولا، لما تقدم من الادلة.

الجهة الثالثة: فی بیان ان التعذر الموضوع لهذا الحکم، هل هو التعذر المسقط للتکلیف برد العین او الاعم منه و من التعذر العرفی فیه؟ وجهان.

قـد اسـتدل للاول باصالة عدم تسـلط المالک علی ازید من الزامه برد العین الذی کان قبل التعذر، خرج عن ذلک ما اذا تعذر بالتعذر المسقط للتکلیف. و بانه مع عدم التعذر المسقط یکون مکلفا برد العین، و لا یجتمع التکلیف برد العین و البدل.

و فیهما نظر. اما الاول فلان الادلـة التی اقاموها علی ثبوت بـدل الحیلولـة مقتضـی اطلاقها ثبوته فی مورد التعذر العرفی ایضا، و معه لا مورد للرجوع الی الاصل.

و أما الثانی فلان مورد التکلیف بالبدل زمان الاشتغال بالمقدمات، و مورد التکلیف برد العین هو زمان ما بعد المقدمات.

و لکن الحق فی المقام هو التفصیل بین کون زمان الاشتغال بالمقدمات قصیرا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۳۲

[...]

جدا فلا یکون ثابتا، و بین غیره فیثبت، و لا یخفی وجهه.

ثمّ إنّه فی المقـام جهـات اخر من البحث، مثـل انه هـل یلزم المالـک علی اخـذ البـدل، و انه هـل یصـیر البـدل ملکـا له ام هو مبـاح له التصـرف فیه، و ان العین هل تنتقل الی الغاصب ام لا؟ قـد اسـتوفینا البحث فیها فی کتاب البیع، و لا یهمّنا البحث فیها بعـد عـدم ثبوت الاصل.

حق الأولویة

الثانی: ما لو خرجت العین عن الملکیة- کما لو صار الخل المغصوب خمرا- فقد استشکل المصنف ره فی محکی القواعد فی وجوب ردّها مع القیمة. و عن الشهیدین و المحقق الثانی ره وجوب الرد. و الکلام فیه ایضا فی جهات.

الاولی: فی بقاء حق الاولویة بعد زوال الملکیة، و الظاهر ذلک،.

لا ـ لما افاده المحقق النائینی ره من ان الحق لیس امراً مغایراً للملک، بل هو من شئونه و مراتبه الضعیفة المندکة تحت القوی، لانه عبارة عن اضافة خاصة بین المستحق و المستحق علیه، و هی حاصلة للمالک و محفوظة فی جمیع الحالات الواردة علی الملک. فانه یرد علیه: ان الملکیة و الحقیة من الاعتبارات الشرعیة و العرفیة لا من المقولات، و الاعتبار لا اشتداد فیه و لا حرکة، و کل من الملک و الحق اعتباری غیر الآخر.

و لا لما قیل من ان حق الاولویة من آثار الملک، فمع زواله غایة الامر یشک فی ارتفاعه فیستصحب. اذ یرد علیه: ان ما هو اثر الملک انما هو الحکم التکلیفی من قبیل جواز التصرف فیه و نحوه، و هو غیر حق الاولویة، مع ان لازم کونه اثراً له

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ۴٣٣

فان تعذر ضمن مثله، فان تعذر فقیمته یوم المطالبة و لو لم یکن

ارتفاعه بارتفاعه، و علی الجملة حق الاولویة الذی هو اعتبار خاص لیس من آثار الملک.

و لا ـ لما قیل من ان الدلیل دل علی ان المالک احق بماله، فیستفاد من ذلک کون حق الاولویة من مقارنات الملک، و لو شک فی زواله بارتفاع الملک یستصحب ذلک. اذ یرد علیه: ان ما دل علیه الدلیل أولویة المالک بالتصرف فی ماله عن غیره، و هذا غیر ثبوت حق الاولویة.

بل لما مر من السیرة العقلائیة و بناء العقلاء علی ذلک، و حیث انه لم یردع الشارع الاقدس عنه فیستکشف امضاؤه لذلک، و یؤیده الاجماع علیه.

الجهة الثانیة: فی وجوب رده علی القول بثبوته، و عدم انتقاله الی الغاصب، الظاهر ذلک، اذ کما یجب رد المملوک الی مالکه کذلک یجب رد ما هو متعلق الحق الی ذی الحق. و لو شک فی وجوب ردّ متعلق الحق، فهل یجری استصحاب وجوبه نظرا الی کون الملکیة من الجهات التعلیلیة لوجوب الرد لا التقییدیة، فالموضوع عند العرف یکون باقیا، ام لا یجری لکونه من الجهات التقییدیة؟ وجهان، اظهرهما الاول.

الجهة الثالثة: فی انه مع فرض ثبوت هذا الحق، هل یکون ذلک للمالک او الغاصب؟ و الاظهر هو الثانی، لاقتضاء الغرامة ذلک، و لبناء العقلاء علیه، فالغاصب احق به من غیره.

المثلی و القیمی

اشارة

الثامنة: فان تعذر ردّ المغصوب او تلف ضمن الغاصب مثله ان کان المغصوب مثلیا بلا ـ خلاف، فان تعذر ردّ المثل (فقیمة یوم المطالبة، و لو لم یکن

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ۴٣۴

مثلیا ضمنه بأعلی القیم من حین الغصب الی حین التلف علی اشکال

مثلیا ضمنه باعلی القیم من حیث الغصب الی حین التلف علی اشکال). و تنقیح القول فی المقام بالبحث فی مواضع:

الاول:

فی تعریف المثلی و القیمی

، و ان لم یقعا فی شیء من الروایات، و لا فی معقد اجماع، بحیث یکون من قبیل الاجماع علی القاعدة. فالمشهور فی تفسیر المثلی انه ما یتساوی اجزائه من حیث القیمة، و المراد بالاجزاء الجزئیات و الافراد، و المراد بالتساوی التساوی من غیر جهة الکم. فمحصل المراد ان المثلی ما له مماثل فی الصورة و الصفات التی تختلف بها الرغبات و تتفاوت به القیم.

و اظن ان ما عن التحریر من تفسیره بما تماثلت اجزائه و تقاربت صفاته، و ما عن الدروس و الروضة من انه المتساوی الاجزاء و المنفعة المتقارب الصفات، و ما عن بعضهم من انه ما یجوز بیعه سلما، و ما عن آخر من انه ما یجوز بیع بعضه، ببعض، ترجع الی هذا المعنی و لا اختلاف بینهم بحسب المراد.

و اورد علی ذلک بایرادات ذکرناها مع اجوبتها فی کتاب البیع، کما انه قد ذکرنا فی ذلک الکتاب ما هو مقتضی الاصل عند الشک فی المثلیة و القیمیة، و ما تقتضیه الادلة الاجتهادیة عند الشک فیهما، و هی مسائل مهمة و فیها تحقیقات نافعة، راجعها.

[ضمان المثلی بالمثل و القیمی بالقیمة]

الثانی: لا خلاف بین الاصحاب فی ان ضمان المثلی انما هو بالمثل، و القیمی بالقیمة، و استفادة ذلک من الادلة انما هی من وجوه:

۱- ان مقتضی اطلاقات ادلة الضمان الواردة فی المغصوبات و الامانات المفرط فیها و غیر تلکم المقامیة، ایکال ما یجب ردّه الی ما هو المتعارف عند الناس، و من المعلوم ان المتعارف عندهم رد العین مع بقائها، و ردّ ما هو الاقرب الیها بعد عدم امکان ردها، و الاقرب هو المثل، لکونه تدارکا للمالیة و الخصوصیات الفائتة التی تختلف بها الرغبات. و فی صورة عدم امکان رده ایضا لعدم المماثل، یراعی ما هو الاقرب الی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۳۵

]...[

التالف بعد المثل، هو القیمة من الاثمان، لان غیرها مشتمل علی خصوصیات غیر متمولة مغایرة لخصوصیات التالف، و معلوم ان غیر المشتمل علی الخصوصیات المغایرة اقرب من المشتمل علیها.

و فی المقام وجوه اخر ذکرناها فی کتاب البیع فراجع، کما انه ذکرنا هناک جملة من الفروع من قبیل انه اذا لم یوجد المثل الا باکثر من ثمن المثل، و ما لو سقط المثل عن المالیة او نقصت قیمتها، و نحوهما.

حکم ما لو تعذر المثل فی المثلی

الثالث: لو تعذر المثل فی المثلی، لا خلاف فی وجوب ردّ قیمته، لما بیّناه من ان الشیء اذا لم یکن مثله کثیرا مبذولا فهو قیمی، من غیر فرق بین التعذر فی جمیع الاعصار او فی عصر واحد و من باب الاتفاق، فالمثلی المتعذر مثله قیمی، فللمالک مطالبة القیمة لانه حقه. و لان للعین جهات ثلاثا- الخصوصیة الشخصیة، و الخصوصیة النوعیة، و الحیثیة المالیة- فمقتضی الادلة وجوب ردّ جمیعها علی الاخذ، فکما انه اذا امتنع ردّ الخصوصیة الشخصیة لم یسقط وجوب رد الجهتین الاخیرتین، کذلک اذا امتنع رد الخصوصیة النوعیة لم یکن وجه لسقوط الجهة الثالثة، فیجب رد القیمة من هذه الجهة.

و یعضدهما ان منع المالک ظلم، و الزام الضامن بالمثل منفی بالتعذر، فتجب القیمة جمعاً بین الحقین، و الآیة الکریمة فَمَنِ اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ «۱».

(۱) سورة البقرة: آیة ۱۹۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۳۶

[...]

اذ الضامن اذا الزم بالقیمة مع تعذر المثل، لم یعتد علیه ازید مما اعتدی. و تفصیل الکلام فی ذلک کله موکول الی محله.

و عرفت مما ذکرناه انه وقع الخلاف بینهم فی ان العبرة فی قیمة المثل المتعذر بقیمة ای یوم، و الوجوه المحتملة التی بعضها اقوال خمسة عشر، الا ان ما امکننا ذکر الوجه له عشرة. و منشأ الخلاف الاختلاف فی امرین:

احدهما: ان المدار فی القیمی علی قیمة یوم الغصب، او قیمة یوم التلف، او أعلی القیم من یوم الاخذ الی یوم الدفع، او الأعلی من یوم الاخذ الی یوم التلف؟.

ثانیها: انه بناء علی الانتقال الی القیمة، هل العین تصیر قیمیة، او القدر المشترک بینهما یکون قیمیا؟ و حیث ان المختار عندنا فی القیمیات ان العبرة انما هی بقیمة یوم الدفع، و عرفت آنفا ان العین المتعذر مثلها تصیر قیمیة، و عرفت سابقا انه فی موارد الضمان مطلقا تکون العین فی العهدة الی زمان الاداء، فلا محالة یکون المدار فی المثل المتعذر مثله علی قیمة یوم الدفع. و اما سائر الاقوال و مدارکها فمذکورة فی کتاب البیع مفصلا، و ذکرنا هناک انه لا فرق بین التعذر البدوی و الطارئ کما بینا المیزان فی معرفة قیمة المثل، و المراد من الاعواز و التعذر.

و اذا کانت قیمة المثل فی بلد المطالبة مخالفة لقیمته فی بلد التلف، فهل الاعتبار ببلد المطالبة کما فی المتن، او ببلد التلف، او یتخیّر المالک فی التعیین، او یتخیّر الضامن فیه؟ وجوه.

الظاهر أنّ المسألة تابعة لمسألة مطالبة المثل مع عدم تعذره، و قد بیّنا فی محله ان الاظهر جواز المطالبة فی کل مکان شاء المالک، و علیه فالعبرة فی المقام ببلد المطالبة.

ثمّ انه بعد ما عرفت من ان التالف اذا تعذر مثله یصیر قیمیا، یظهر انه لو دفع القیمة فی المثل المتعذر مثله ثمّ تمکن من المثل لا یعود المثل الی ذمته.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۳۷

[...]

ضمان القیمی بالقیمة

الرابع: اتفقت کلماتهم علی ان القیمی یضمن بالقیمة، و قد بینا سابقا ان الظاهر من حدیث علی الید بقاء العین فی العهدة و لو بعد التلف، و یکون دفع المثل او القیمة مسقطا لها- کما اختاره جمع من المحققین- لکونه من مراتب رد العین. و لا- ینافیه النصوص الخاصة الواردة فی ردّ القیمة، فانها طائفتان:

منها: ما یدل علی ان لواجد المال الولایة علی ان یبیعه عن صاحبه من نفسه، و یبقی الثمن فی الذمة، مثل ما ورد «۱» فی الحیوان الملتقط، و لقطة الطعام، و ما شاکل.

و منها: ما «۲» لا یستفاد منها ازید من وجوب دفع القیمة حین الاداء، و هذا یلائم مع کون العین فی العهدة، و المدرک لمسقطیة رد القیمة هو الاطلاق المقامی و الاجماع، کما مر فی المثلی.

و اذا وجد المثل فی القیمی، فالمعروف بینهم کفایة رد القیمة. و عن الاسکافی و المحقق وجوب رد المثل، و ظنی انهما غیر مخالفین للمشهور، فان مورد کلامهما القرض، و لا یبعد فیه دعوی ان المتعارف الشرط الضمنی برد المثل و لو فی بعض الصفات، و یؤید ما ذکرناه تصریح المحقق فی الباب: و فی المقبوض بالعقد الفاسد بضمان القیمة. فمدعی عدم الخلاف فی کفایة رد القیمة مع تعسر المثل غیر مجازف، و الاطلاق المقامی بالتقریب المتقدم شاهد به.

---

(۱) الوسائل باب ۲ و ۱۳ و ۲۳ من ابواب اللقطة.

(۲) الوسائل باب ۷ من ابواب الغصب.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۳۸

[...]

تعیین القیمة

و قد اختلفوا فی ان المدار فی القیمة، علی قیمة یوم القبض کما عن الاکثر، ام یوم التلف کما عن الشیخین و اتباعهما بل عن الدروس نسبته الی الاکثر، ام یوم الدفع کما عن جمع من المحققین، أو أعلی القیم من یوم الغصب الی یوم التلف کما فی المتن، أو أعلی القیم من یوم القبض الی یوم الدفع؟ و نخبة القول بالبحث فی موردین:

الاول: فیما تقتضیه القاعدة.

الثانی: فی مقتضی النصوص الخاصة.

اما الاول فمقتضی القاعدة هو الثالث، فان معنی الضمان کما مر کون المال فی عهدته الی حین الاداء، و معنی ذلک وجوب تدارکه ببدله عند الاداء، حتی یکون عند الاداء اداءً و تدارکاً له.

و دعوی ان الغاصب وضع یده علی ماله مع قطع النظر عن الخصوصیة الشخصیة و الصفات النوعیة، مالیة خاصة متقدرة بقدر مخصوص، فوجب علیه رده بما له من الحیثیات اذا امکن الرد، و ان لم یمکن رد الخصوصیة و الصفات النوعیة للتالف وجب رد تلک المالیة المخصوصة الواقعة تحت الید، و لا وجه لوجوب رد المراتب الأخر من، فانها مالیات واردة علی ما هو تحت العهدة لا ان العهدة واردة علیها، و قد استدل بها للقول الاول.

مندفعة بان المالیة المنتزعة من رغبة الناس و میلهم لا تقع تحت الید و لا تکون مضمونة کما مر، مع انه لو تم هذا الوجه لاقتضی کون المدار علی اعلی القیم من یوم الغصب الی یوم التلف، لان علی الید لا یختص بحدوث الید بل یشمل بقائها، فکل زمان من ازمنة کون العین تحت الید قد ازیلت فیه ید المالک،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۳۹

[...]

فوجب ان یغرم اکثرها.

و أما الثانی، فقد یقال ان النصوص الخاصة تدل علی خلاف ذلک، منها: صحیح ابی ولاد، قال: اکتریت بغلا الی قصر ابن هبیرة ذاهباً و جائیا بکذا و کذا و خرجت فی طلب غریم، فلما صرت قرب قنطرة الکوفة خبرت ان صاحبی توجه الی النیل فتوجهت نحو النیل، فلما اتیت النیل خبرت انه توجّه الی بغداد فاتبعته فظفرت به و رجعت الی الکوفة، الی ان قال: فاخبرت ابا عبد اللّه علیه السلام فقال:

أری له علیک مثل کراء البغل ذاهبا من الکوفة الی النیل، و مثل کراء البغل من النیل الی بغداد، و مثل کراء البغل من بغداد الی الکوفة و توفیه ایاه. قال قلت: قد علفته بدراهم، فلی علیه علفه؟ قال: علیه السلام لا لأنک غاصب. فقلت: أ رأیت لو عطب البغل او نفق أ لیس کان یلزمنی؟ قال علیه السلام: نعم، قیمة بغل یوم خالفته. قلت: فان اصاب البغل کسر أو دبر أو عقر؟ فقال علیه السلام: علیک قیمة ما بین الصحة و العیب یوم ترده علیه. قلت: فمن یعرف ذلک؟ قال: انت و هو، اما ان یحلف هو علی القیمة فیلزمک، فان رد الیمین علیک فحلفت علی القیمة لزمک ذلک، أو یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون ان قیمة البغل حین اکتری کذا و کذا فیلزمک «۱» الحدیث، و محل الاستشهاد فیه جملات ثلاث:

الاولی: قوله علیه السلام: نعم، قیمة بغل یوم خالفته، و قد استدل بها علی ان المدار علی قیمة یوم الغصب بان الیوم قید للقیمة، لإضافة القیمة المضافة الی البغل الیه ثانیا، فیکون المعنی قیمة یوم المخالفة للبغل، او لجعل الیوم قیداً للاختصاص الحاصل من اضافة القیمة الی البغل.

(۱) الوسائل باب ۷ من کتاب الغصب- حدیث ۱- و باب ۱۷- من ابواب کتاب الاجارة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۴۰

[...]

و لکن: یرد علی الوجه الاول انه ان ارید بذلک اضافة المضاف نفسه الیه ثانیا، ففیه انه لا یصح اضافة الشیء الواحد الی شیئین مرتین، و بعبارة اخری المضاف الی شیء لا یضاف ثانیا. و ان ارید به اضافة المجموع من المضاف و المضاف الیه، ففیه ان المجموع لتضمنه النسبة الاضافیة التی هی من الحروف لا یضاف، اذ المعنی الحر فی لا یقع ظرفا، و بعبارة اخری الاضافة من خواص الاسم و الحرف لا یضاف.

و أما الوجه الثانی، فبعد تصحیحه بارادة قیدیة الیوم للقیمة المضافة الی البغل، التی هی مضافا الی کونها معنی حدثیا فی نفسها فانها ما یقوم بالشیء من المالیة، انه لو سلم کونها معنی جامدا بسبب الاضافة تتضمن معنی اشتقاقیا، و الا فالاختصاص الحاصل من الاضافة معنی حرفی، و العامل لا بدّ و ان یکون فعلا او شبه فعل.

یرده: ان لا- معین لکون الیوم قیدا للقیمة، و من الممکن کون الیوم قیداً لنعم الذی هو فی قوة قوله یلزمک، او یکون لفظ یلزمک مقدرا بعده فیکون الیوم حینئذ وعاء توجه التکلیف، فیوم القیمة علی هذا مسکوت عنه فی الصحیح. او یکون قیدا للبغل باضافة البغل الیه، فیکون المقام من قبیل تتابع الاضافات، فیکون المراد انه حیث یکون للبغل بحسب الصفات و الخصوصیات المتفاوتة بحسب الایام قیم مختلفة، و لا- کلام فی ان هذا الاختلاف مضمون فی باب الضمان، اذ الخلاف انما هو فی القیمة السوقیة، فیکون یوم المخالفة فی الخبر اشارة الی قیمة یوم البغل حال کونه قویا- فان التعب و الهزال عرضه بعد الحرکة العنیفة- لا لخصوصیة فی ذلک الیوم، و هذا یجتمع مع کون المدار علی قیمة یوم التلف او یوم الدفع، بان یلاحظ البغل علی ما هو علیه یوم المخالفة فی وقت التلف او یوم الدفع، فیقوم ذلک البغل فی یوم الاداء او وقت التلف، فیکون الصحیح اجنبیا عن المقام. و مع تعدد الاحتمال و حصول الاجمال لا یتم الاستدلال.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۴۱

[...]

الجملة الثانیة: قوله علیه السلام: أو یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون ان قیمة البغل حین اکتری کذا و کذا. و تقریب الاستدلال بها

علی ان المیزان قیمة یوم المخالفة ما فی مکاسب الشیخ الاعظم ره، و هو ان اثبات قیمة یوم الاکتراء من حیث هو یوم الاکتراء لا جدوی فیه، لعدم الاعتبار به، فلا محالة یکون الغرض منه اثبات قیمة یوم المخالفة بناء علی انه یوم المخالفة، لان الظاهر من الخبر مخالفته للمالک بمجرد الخروج من الکوفة، و من المعلوم ان اکتراء البغل لمثل تلک المسافة القلیلة انما یکون یوم الخروج، و معلوم ایضا عدم اختلاف القیمة فی هذه المدة القلیلة.

و فیه: ان نکتة التعبیر بیوم الاکتراء بعد فرض عدم کونه من حیث هو میزانا فی هذا الباب انما هو وجود المکارین حینه دون سائر الاوقات، و هذا کما یلائم مع کون العبرة بقیمة یوم المخالفة یلائم مع کون المیزان قیمة یوم التلف أو یوم الاداء، من جهة عدم الاختلاف فی مدة خمسة عشر یوماً ایضا کما صرح هو قده به، و یؤکد ذلک ان الظاهر من الجملة الواردة لبیان معرفة تفاوت قیمة الصحیح و المعیب، ان المقصود تعیین اصل قیمة البغل من جهة الجهل بها، بحیث لو علم قیمته فی یوم ارتفع الاشتباه. مع انه لو سلم الاختلاف، بما ان هذه الجملة غیر واردة لبیان حکم شرعی بل فی مقام بیان موضوع عرفی- کما یشهد له قول السائل: من یعرف ذلک، الکاشف عن علم السائل بما هو وظیفته الشرعیة- فیمکن ان یقال: انه لو کان المیزان قیمة یوم الاداء اذا عینت قیمة البغل فی یوم المخالفة معرفة قیمته فی یوم الاداء سهلة کما لا یخفی. فهذه الجملة ایضا لا تدل علی خلاف ما تقتضیه القاعدة.

الثالثة: قول علیه السلام فی جواب السائل عن اصابة العیب: علیک قیمة ما بین الصحة و العیب یوم ترده. و ملخص القول فیها ان کلمة «یوم»، اما ترجع الی العیب، فیکون مفادها ضمان العیب الفعلی، فلا عبرة بحدوث العیب مع زواله عند

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۴۲

]...[

رده، فالخبر اجنبی عن المقام. او ترجع الی قوله «علیک» فلا تعرض فیها لیوم هذه القیمة. او ترجع الی القیمة، و یراد رد الارش من قوله «یوم ترده» فتدل علی ان العبرة بقیمة یوم الرد. او ترجع الیها، و یراد رد البغل، فهی تدل علی ان المیزان قیمة یوم الاداء. فهذه الجملة، اما تدل علی مقتضی القواعد، او لا تنافیه.

فالمتحصل انه لا یستفاد من الصحیح ما یخالف القاعدة الاولیة.

و منها: ما ورد «۱» فی باب الرهن الدال علی انه اذا تلف الرهن بتفریط المرتهن سقط من دینه بحساب ذلک.

قیل: فلولا ضمان التالف بالقیمة یوم التلف، لم یکن وجه لسقوط الدین بمجرد ضمان التالف، ذکره الشیخ الاعظم ره.

و فیه مضافا الی انه لیس فی نصوص الرهن عنوان السقوط بل فیها انهما یترادان الفضل، اذا کان لأحد الامرین من الرهن و الدین عند تلفه فضل، و انه اذا کان یساوی ما رهنه فلیس علیه شیء، مع انه ایضا لا ینافی القاعدة بعد فرض ان ادائها بعد التلف انما یکون بدفع القیمة بدلا او وفاء، و ان ذلک انما یکون باستیلاء المالک علی ذلک المقدار من المال للضامن، فیوم الاداء فی ذلک یوم التلف.

و منها: ما ورد فی عبد اعتق بعضه، ففی خبر عبد الرحمن بن ابی عبد اللّه عن ابی عبد اللّه علیه السلام عن القوم ورثوا عبدا جمیعا فاعتق بعضهم نصیبه منه، هل یؤخذ بما بقی؟ فقال علیه السلام: نعم، یؤخذ بما بقی منه بقیمة یوم اعتق «۲» و نحوه غیره.

---

(۱) الوسائل باب ۷ من ابواب کتاب الرهن.

(۲) الوسائل باب ۱۸- من کتاب العتق حدیث ۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۴۳

و لو زاد للسوق لم یضمنها مع الرد، و لو زاد للصفة ضمنها،

و فیه: انه من المحتمل کون قوله «یوم اعتق» قیداً لیؤخذ لا للقیمة، و علیه فیدل علی ان زمان توجه التکلیف انما هو من حین اعتق، و ساکت عن انه ما به الضمان هل هو قیمة یوم التلف او یوم الاداء.

فالمتحصل مما ذکرناه ان الاظهر بحسب الادلة ان المیزان قیمة یوم الاداء و الدفع مطلقا.

حکم ارتفاع القیمة السوقیة و الزیادة العینیة

بقی فی المقام فروع:

احدها: المعروف بین الاصحاب ان زیادة القیمة السوقیة لیست مضمونة، بخلاف الزیادة العینیة، و علیه ف لو زاد للسوق لم یضمنها مع الرد، و لو زاد للصفة ضمنها. و الوجه فی ذلک: ان الصفة اذا زیدت تکون تابعة للمال، و حیث انها تحت ید الغاصب فمقتضی ادلة الضمان ضمانها ایضا. و اما القیمة السوقیة فاصلها و ترقیها ناشئان من کثرة الراغب و قلة الوجود، کما ان عدمها و تنزلها ینشئان من کثرة الوجود و قلة الطالب، و هذا لیس شیئا یضمن، لعدم کونه وصفا فی العین کی یدخل تحت الید.

و قد استدل لضمانه تارة بحدیث لا ضرر «١» و اخری بان دلیل الضمان انما یدل علی التضمین و التغریم، فلا بد من رعایة الحیثیة المالیة.

و لکن یرد الاول ما مر من انه لا یدل علی الضمان. و الثانی انه لا یستفاد من

---

(١) الوسائل- باب ١٢ من احیاء الموات.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ۴۴۴

و لو تجددت صفة لا قیمة لها لم یضمنها، و لو زادت القیمة لنقص بعضه کالحب فعلیه الارش. و لو زادت العین باثرها

ادلة الضمان سوی ردّ العین بما لها من الخصوصیات مع امکانه، و فی الفرض حیث ان التالف رغبات الناس لا شیء من العین، فالعین ترد بما لها من الخصوصیات.

ثانیها: و لو تجددت صفة لا قیمة لها لم یضمنها بلا خلاف، اذ لا معنی للضمان مع عدم القیمة لها و عدم کونها مثلیه، و الفرض ان عینها لا یمکن ردها.

ثالثها: (و لو زادت القیمة لنقص بعضه کالحب فعلیه الارش)، لعموم ما دل علی ثبوت الارش بالجنایة.

زیادة العین بفعل الغاصب

اشارة

التاسعة: و لو زادت قیمة العین باثرها، فتارة یکون ذلک اثراً محضا لا عینا، کتعلیم الصنعة، و خیاطة الثوب بخیوط المالک، و نسج الغزل، و طحن الطعام، و ما شاکل. و اخری یکون عینا، کما لو خاط ثوبه بخیوطة، او صبغه بصبغه، او زرع فی ارضه، و هکذا.

اما فی الصورة الاولی، فلا اشکال فی ان المالک یأخذ ماله، و مع التلف مثل التالف او قیمته مع ذاک الاثر، فان الاثر اوجب زیادة قیمة العین و هی تابعة للعین، و لا شیء للغاصب علی المالک، فان مجرد عود نفع العمل الی المالک لا یکون موجبا للضمان، بل الضمان اما ان یکون للید، أو یکون للاتلاف، أو من جهة الامر بالعمل، او من ناحیة الاستیفاء بالاذن، و شیء من تلکم لا یکون فی المقام.

و أما فى الصورة الثانية، فان لم يمكن اخذ الزيادة، و كانت لا تعدّ عند العرف شيئا فى مقابل المغصوب منه، فهى تالفة عرفا، فالحكم فيها ما تقدم من غير فرق بين

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ۴۴۵

]...[

ان يكون عين ما زيد من الغاصب نفسه ام لم يكن.

و فى المسالک فى ما اذا كان العين للغاصب و حصلت فى المغصوب منه و لم تنعدم بحيث لا يكون هناک سوى الاثر و لم يمكن فصله، قال الشهيد: يصير شريكا للمغصوب منه، لانه عين مال انضم الى ملک، ثمّ ينظر ان كان قيمته مغصوبا مثل قيمته و قيمة الصبغ كما اذا كانت قيمة الثوب عشرة و قيمة الصبغ عشرة و هو يساوى بعد الصبغ عشرين، و لم تتغير قيمتهما فهو بينهما بالسوية، الى ان قال: و فى الاول و هو ما اذا امكن فصله عن الثوب فللغاصب ازالته مطلقا مع ضمان الارش ان نقص. و قيل: ان ادى فصله الى استهلاكه لم يجب الغاصب اليه، لاستلزامه التصرف فى مال الغير بغير فائدة، مع كونه متعديا فى اصل الفعل. و الاشهر اجابته، لانه لولاه لزم منه عدوان آخر و هو التصرف فى مال الغير بغير حق، اذ لا سبيل الى تملكه بعوض و لا بغيره قهراً، و بقاء الثوب فى يد المالک ممنوعا من التصرف فيه لاجل الصبغ ضرر آخر، فكانت اجابته للغاصب اصلح، و فيهما جمع بين الحقين، فعلى هذا يجاب اليه، انتهى.

و يرد عليه اولاـ النقض بما اذا كان فعله موجبا لثبوت اثر محض، فان لازم ما افاده هو الشركة فيه ايضا، فان تلک الهيئة الحاصلة فى العين المغصوبة لها مالية، فالثوب قيمته مخيطا ازيد من قيمته غير مخيط و الهيئة موجودة، فلا بد من البناء على الشركة.

و ثانيا: ان العين التى زيدت فى المغصوب ان لم يمكن فصلها، او امكن مع استلزام الفصل خروجه عن المالية، تكون ساقطة عن المالية، و انما هى موجبة لازدياد قيمة المغصوب، لا ان المال المبذول يبذل مقدار منه بازاء المغصوب و مقدار زائد بازاء ما زيد، و مع سقوطها عن المالية لاـ يعتبرها العقلاء ملكا و مالا له، فتخرج بذلک عن ملكه فلا وجه للشركة. نعم، فيما اذا لم يلزم من فصلها انتفاء قيمتها كلام سيأتى ان

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ۴۴۶

رجع الغاصب بها و عليه ارش النقصان،

شاء اللّه تعالى.

و بما ذكرناه يظهر انه لو كان الصبغ مغصوبا من غير مالک الثوب، لا يصير الثوب المصبوغ مشتركاً بين المغصوب منهما، بل الصبغ يعدّ تالفاً عرفا، فيكون الغاصب ضامنا له لمالكه، و الثوب المصبوغ تمامه لمالک الثوب. فما فى المسالک ايضا من حصول الشركة بينهما، ضعيف.

و أما ان كانت الزيادة يمكن اخذها و لها مالية، فالمشهور بين الاصحاب انه يرجع الغاصب بها و لو نقصت قيمة العين ورد الاصل، جمعا بين الحقين و عليه ارش النقصان ان نقص المغصوب بأخذ الزيادة منه. و عن الاسكافى و المختلف و التنقيح و المجلسى انه ليس للغاصب اخذ ما زاده بغير اذن المالک، فان لم يرض و دفع قيمته وجب على الغاصب قبوله.

و لكن لا إشكال فى بقاء الزيادة على ملک الغاصب، لان عدوانه لا يقتضى اسقاط ماليتها و لا الملكية، و لا إشكال ايضا فى انه لا يوجب العدوان سلب سلطنة المالک. فما عن المشهور من ان له اخذ الزيادة ورد الاصل، و ظاهره ذلک مع عدم رضا المالک، غير تام.

نعم، للمالک المغصوب منه ذلک، لخبر عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن ابى عبد اللّه عليه السلام عمن أخذ أرضاً بغير حقها و

بنی فیها، قال علیه السلام: یرفع بناؤه و تسلم التربهٔ الی صاحبها، لیس لعرق ظالم حق «١».

و أما ما افاده جمع من الاصحاب من انه ان لم یرض المالک و دفع قیمته وجب علی الغاصب قبوله، فمضافا الی انه لا وجه له، و الاصل عدم وجوب القبول علیه،

---

(١) الوسائل باب ٣- من کتاب الغصب- حدیث ١.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٤٤٧

و لیس له الرجوع بارش نقصان عینه، و لو غصب عبد او جنی علیه بکمال قیمته رده- مع الارش علی قول، بمساویه او باجود رده،

یشهد لعدم وجوب القبول خبر عقبهٔ بن خالد عن ابی عبد اللّه علیه السلام عن رجل أتی ارض رجل فزرعها بغیر اذنه، حتی اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال: زرعت بغیر اذنی فزرعک لی و علیّ ما انفقت، له ذلک ام لا؟ فقال علیه السلام: للزارع زرعه، و لصاحب الارض کراء ارضه «١».

و لو اخذ الغاصب عین ماله باذن المالک و لزم منه نقصانه (لیس له الرجوع بارش نقصان عینه) لانه جاء من قبله. و مما مر ظهر انه لو غصب عبداً و جنی علیه بکمال قیمته ردّه مع الارش علی قول.

حکم مزج المغصوب بغیره

و لو امتزج المغصوب بغیره، فتارهٔ یکون بجنسه، و اخری بغیر جنسه. و علی الاول اما ان یکون بمساویه فی الجودهٔ و الرداءهٔ، او باجود منه، او بادنی.

فان خلطه بمساویه، فان امکن التمییز کلف به و ردّه ای رد مال المغصوب منه الیه و ان شق- کما لو خلط الحنطهٔ بالشعیر، او الحمراء منها بالصفراء- بلا خلاف، لوجوب رد العین حیث یمکن.

و لو لم یمکن التمییز، فقد جزم الاکثر علی ما فی المسالک بانه یکون الغاصب شریکا بنسبهٔ المخلوط. و استدلوا له بان عین مال المالک موجودهٔ فی الجملهٔ، و غایته انها ممتزجهٔ بغیرها، و ذلک لا یخرجها عن ملکه. و بانه فی ذلک ایصال المالک الی بعض

---

(١) الوسائل- باب ٢ من کتاب الغصب حدیث ١.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ٤٤٨

]...[

حقه بعینه و إلی بدل بعضه من غیر زیادهٔ فوت علی الغاصب، فکان اولی من ایصاله الی بدل الجمیع.

و یمکن ان یقال تأییدا لما افادوه: ان الخلط ربما یکون بحیث یعد المالان بعد المزج شیئاً واحداً، فیلزم منه الشرکهٔ القهریهٔ بینهما، و لا وجه لصیرورهٔ الجمیع ملکاً للمالک، و لا للانتقال الی المثل أو القیمهٔ، فان ذلک فرع التلف غیر المتحقق.

فما عن الحلی من انه ینتقل الی المثل، لاستهلاک العین اذ لا یقدر علی ردها لو طلبه، غریب، فان الاستهلاک غیر تعذر الرد، مع انه لو تم دعوی الاستهلاک لا ریب فی ان الموجود اقرب الی التالف من المثل، و قد عرفت انه متعیّن فی باب الضمان.

و أما ما فی الریاض من ان لزوم القبول علی المالک مشکل، حیث یتعذر لعدم قبوله بعذر موجّه، ککون ماله حلالا و مال الغاصب الممزوج به مشبوها او نحوه، فان ایجاب القبول حینئذ ضرر ای ضرر، و نقله عن التنقیح ایضا.

فیرد علیه: ان مـال الغـاصب الممزوج به علی الفرض، محکوم شـرعاً بـانه مـاله کسائر ما یؤخـذ من ایـدی المکلفین، مع ان لا ضـرر لا یصلح لاثبات الخیار للمالک کما مر. فالحق ترتب احکام المشترک علی الموجود المتقدمة فی کتاب الشرکة.

و ربما یکون بحیث لا یعدّ المالان شیئا واحدا عرفا، فالمال الموجود مختلط، و الحکم فیه هو الصلح القهری او القرعة علی ما مر فی محله.

و ان خلطه باجود منه، فمع عدم حصول الشرکة فالحکم ما مر، و اما مع حصولها بان عدّ المجموع شیئا واحداً ففیه قولان:

احدهما: ما هو المشهور، و هو حصول الشرکة بینهما، و ترتب احکامها المشار الیها فی الصورة السابقة.

ثانیهما: ما عن الشیخ فی المبسوط و الحلی، و هو انه یتخیّر الغاصب فی دفع القدر

و لو کان بأدون ضمن المثل.

من العین او غیرها.

وجه الاول: وجود عین مالک المالک المقتضی لتسلطه علی الموجود و عدم الانتقال الی المثل او القیمة، و الزیادة لا تقدح لانها زیادة صفة حاصلة بفعل الغاصب.

و وجه الثانی: استهلاک عین مال المالک اذ لا یقدر علی الرد لو طلبه، و التخییر فی الحقیقة راجع الی ضمان المثل، لانه حینئذ لا ینحصر فی العین و هی اجود مما یلزمه، فاذا بذلها وجب قبولها بطریق اولی، و لان بعضها عین حقه و بعضها خیر منه.

و لکن: یرد علی الثانی اولا: ما تقدم من منع الاستهلاک.

و ثانیا: ان الموجود لو کان بعضه عین حقه و بعضه خیرا منه، فمضافا الی انه ینافی ما ذکراه أولًا من الاستهلاک، حیث انه اقرب الی مال المالک هو المتعین دفعه.

و ثالثا: انه لو سلم ان الموجود غیر مال المالک و لا مثله، فلا وجه لالزامه بقبوله، لان له ان لا یقبل الا ما هو حقه لاما یکون اجود منه.

فما افاده المشهور هو المنصور، الا ان لازم الشرکة استحقاق الغاصب بمقدار اجودیة ماله من مال المالک لا أزید منه، فلیست الزیادة حینئذ عائدة الی المالک حتی یعلل بما ذکر.

و لو کان الخلط بادون، ففیه اقوال:

١- انه یضمن المثل و هو مشهور بینهم، و عن التنقیح نفی الخلاف فیه.

٢- ما عن الروضة و فی المسالک، و هو انه مخیّر بین ان یأخذ حقه من العین مع الارش و بین أخذ المثل.

٣- التخییر بین اخذ حقه من العین بدون الارش واخذ المثل، و هو ظاهر ما نقله فی الشرائع.

وجه الاول: استهلاک مال المالک، و قد مر ما فیه.

وجه الثانی: ان حقه فی العین لم یسقط لبقائها کما لو مزجها بالاجود، و النقص

و فوائد المغصوب للمالک.

بالخلط یمکن جبره بالارش.

و فیه: ان لازم الوجه المزبور حصول الشرکة لا الانتقال الی المثل، مع انه لا وجه للجبر بالارش، بل یجبر النقص بالزیادة من نفس العین علی ما هو مقتضی الشرکة، و بذلک یظهر مدرک القول الثالث. فالمتجه حینئذ هو الوجه الرابع، و هو حصول الشرکة.

و ان کـان الخلـط بغیر جنسه- کمـا اذا اختلـط الزیت بالشـیرج- فقیـل: ان المغصوب هالک، لبطلان فائـدته و خاصـیته و باختلاط غیر الجنس به، فیضـمن بالمثـل. و فیه: انه لـو کـان فی الفرض شـیء فهو الاسـتحالهٔ دون الاسـتهلاک. فالاـظهر فیه الشـرکهٔ، کمـا قواه فی محکی التذکرهٔ، لان مال المالک موجود فلا ینتقل الی المثل أو القیمهٔ.

فوائد المغصوب للمالک

اشارهٔ

العاشـرهٔ: و فوائد المغصوب للمالک له، بلا خلاف، لانها نماء ملکه، فتکون مضمونهٔ عند الغاصب کالاصل، سواء تجددت عنده ام لا، اعیانا منفصلهٔ کانت کالولد، او متصلهٔ کالصوف و السمن، او منفعهٔ کأجرهٔ سکنی الدار و رکوب الدابهٔ.
و الاصل فی ذلک کله حـدیث: علی الیـد ما اخـذت حتی تؤدی «۱» فان الیـد کما تکون علی العین کـذلک تکون علی الفوائد حتی المنفعهٔ، و لا یختص الحدیث بحدوث الید بل یشمل بقائها، فکل زمان من ازمنهٔ کون العین تحت الید قد ازیلت فیه ید

(۱) کنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۰.
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۵۱
]...[

المالک، فیجب ان یغرم العین و ما یتبعها. و الایراد علی ضـمان المنفعـهٔ بان الحـدیث مختص بالاعیان و لا یشـمل المنافع، قـد مر عند تقریب دلالهٔ الحدیث علی الضمان ما ذکر فی وجه ذلک و اندفاعه، و عرفت ان الاظهر شموله للمنافع.
و ان النماء ان بقی الی زمان ردّ العین، یجب دفعه و الا فقیمته، و هو واضح.
و أما المنفعهٔ، فان اسـتوفاها الغاصب فیجب ردّ عوضها لما مر من ضمان المنفعهٔ المستوفاهٔ، و ان لم یستوفها فیمکن ان یستدل لضمانها بوجهین:
احدهما: حدیث علی الید بالتقریب المتقدم.
ثانیهما: قاعدهٔ الاتلاف، فان حبس العین و منع مالکها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا.
و أما ما عن المحقق الخراسانی ره من الاسـتدلال له بان من آثار ضـمان العین ضـمان منافعها، فالدلیل علی ضـمان العین دلیل لضمان المنافع: فان ارید به ما ذکرناه من صدق الاستیلاء و الید علی المنافع بالاستیلاء و الید علی العین، فهو یرجع الی التمسک بحدیث علی الید. و ان ارید به ما افاده المحقق الایروانی ره من ان اداء العین المجعول غایهٔ للضمان لا یکون الا بادائها بمنافعها و فروعها، فیرد علیه انه ان لم یصـدق الیـد علی المنافع بالیـد علی العین، لما کان یجدی شـمول الحدیث للعین فی ضـمانها، فان الغایهٔ اداء نفس ما یکون تحت الید لا شیء آخر. و ان ارید به غیر ذلک فعلیه البیان.
فان قیل: ان صحیح ابی ولاد المتقدم الدال علی ضمان منفعهٔ البغل المستوفاهٔ دون غیرها، دال علی عدم ضمان المنفعهٔ غیر المستوفاهٔ.
قلنا: انه لا یتصور منفعـهٔ للبغل تجتمع مع المنفعـهٔ المسـتوفاهٔ، فانه و ان کان یتصور له منفعهٔ اخری الا انها تضاد مع ما اسـتوفاه. و بعبارهٔ اخری: کان للبغل منافع
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۵۲
]...[

مختلفة علی سبیل البدل و حیث انه استوفی واحدة منها و لم یکن هناک فائدة اخری یمکن استیفائها فائتة، کان علیه ضمان تلک المنفعة خاصة، مع انه علیه السلام فی الصحیح فی مقام الرد علی ابی حنیفة و بیان ان علیه کری البغل، و لیس فی مقام بیان احکام اخر.

و ربما یستدل لعدم ضمانها بقوله علیه السلام: فی الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتری: یأخذ الجاریة صاحبها، و یأخذ الرجل ولده بالقیمة «۱» بتقریب انه یدل علی ضمان المنفعة المستوفاة، و ساکت عن ضمان غیرها فی مقام البیان.

و فیه: ان الخبر وارد فی مقام بیان منفعة واحدة، و انه یکون الولد حر او علیه قیمته، و لذا لم یتعرض لبیان المنافع المستوفاة الأخر من و التنظیف و غیرهما، بل و لا- لاشتغال ذمة المشتری بالوطء مع انه منفعة استوفاها. اضف الی ذلک ان تلک المنفعة التی حکم بضمانها منفعة لم یستوفها المشتری بل اتلفها، کما لا یخفی.

و مما ذکرناه ظهر الجواب عن الاستدلال لعدم الضمان بصحیح محمد بن قیس الوارد فیمن باع ولیدة ابیه بغیر اذنه، قال علیه السلام: الحکم ان یأخذ ولیدته و ابنها «۲» بتقریب انه ساکت عن المنافع الفائتة. فالحق هو ضمان المنفعة و لو لم یستوفها.

و مما ذکرناه ظهر انه لو کانت للعین منافع مختلفة، انما یضمن الغاصب اکثرها قیمة دون الجمیع، فتقوّم اجارة تلک العین بجمیع منافعها فیضمنها الغاصب، کما هو واضح.

---

(۱) الوسائل باب ۸۸ من ابواب نکاح العبید و الاماء حدیث ۳.

(۲) الوسائل باب ۸۸ من ابواب نکاح العبید و الاماء حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۵۳

و لو اشتراه جاهلا- بالغصب رجع بالثمن علی الغاصب و بما غرم عوض عما لا نفع فی مقابلته او کان علی اشکال، و لو کان عالما فلا رجوع بشیء. و لو زرع فی المغصوب کان الزرع له و علیه الاجرة.

و قد مر مفصلا فی کتاب البیع و فی بعض المسائل المتقدمة فی هذا الکتاب انه لو اشتراه ای المغصوب جاهلا بالغصب رجع بالثمن علی الغاصب و کذا (بما غرم عوضا عما لا نفع فی مقابلته او کان علی اشکال. و لو کان عالما فلا رجوع بشیء).

الزرع لمالک البذر

و ایضا قد ظهر مما قدمناه انه (لو زرع الغاصب کان الزرع له و علیه الاجرة). و یشهد به- مضافا الی ما مر، و إلی انه نماء ملک الزارع و هو البذر فیتبعه فی الملک، و ان الارض کالماء و الهواء و الشمس من المعدات لصیرورة البذر زرعاً ثمّ حباً بالتدریج- خبر عقبة بن خالد عن ابی عبد اللّه علیه السلام عن رجل أتی ارض رجل فزرعها بغیر اذنه، حتی اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال: زرعت بغیر اذنی فزرعک لی و علیّ ما انفقت، أله ذلک ام لا-؟ فقال علیه السلام: للزارع زرعه، و لصاحب الارض کراء ارضه «۱» و نحوه غیره.

و عن ابن الجنید ان لصاحب الارض ان یردّ ما خسره الزارع، لقوله علیه السلام: من زرع فی ارض قوم بغیر اذنهم، لیس له من الزرع شیء و علیه نفقته «۲».

---

(۱) الوسائل باب ۲ من ابواب کتاب الغصب حدیث ۱.

(۲) التذکرهٔ ج ۲ ص ۳۹۲.

و القول قول الغاصب فی القیمهٔ مع الیمین و تعذر البینهٔ

و فیه: ان الخبر لم تثبت صحته کما ذکره الاصحاب، و لم یعمل به احد غیره، و هو مع ذلک معارض بما تقدم، و بموثق محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام فی رجل اکتری داراً و فیها بستان، فزرع فی البستان و غرس نخلا و اشجاراً و فواکه و غیر ذلک، و لم یستامر صاحب الدار فی ذلک، قال علیه السلام: علی الکراء، و یقوّم صاحب الدار الزرع و الغرس قیمهٔ عدل و یعطیها الغارس ان کان استأمره فی ذلک، و ان لم یکن استأمره فی ذلک فعلیه الکراء و له الزرع و الغرس و یقلعه و یذهب به حیث شاء «۱» و الترجیح للخبرین.

و ایضاً قد مر ان لصاحب الارض ازالهٔ الزرع و الحرث و لو قبل اوان بلوغهما و یشهد به ما مر، و خبر عبد العزیز بن محمد الدراوردی- المتلقی بالقبول- عن ابی عبد اللّه علیه السلام عمّن أخذ ارضا بغیر حقها و بنی فیها، قال علیه السلام: یرفع بنائه و تسلم التربهٔ الی صاحبها لیس لعرق ظالم حق «۲» الحدیث.

و له ان یلزمه بالازالهٔ، و طم الحفر، و الارش ان نقصت بالقطع او الزرع، لانه نقص اورده الغاصب و منفعهٔ اتلفها. و هل له الارش لو تصدی بنفسه بالازالهٔ ام لا؟ الظاهر ذلک اذا کان النقص حاصلا بالزرع کما هو ظاهر، و اما ان کان حاصلا بالقلع ففیه وجهان، من کونه الموجد للنقص، و من ان سببه الزرع، و اللّه العالم.

الحادی عشرهٔ: (و

لو تلف المغصوب و اختلفا فی القیمهٔ

، فعن المبسوط و الخلاف و الحلی و المحقق و المصنف ره و الشهیدین و کثیر من المتأخرین بل عامتهم، ان (القول قول الغاصب فی القیمهٔ مع الیمین و تعذر البیّنهٔ). و عن النهایهٔ و المقنعهٔ بل قیل عن

---

(۱) الوسائل- باب ۲- من ابواب کتاب الغصب حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۳ من ابواب الغصب حدیث ۱.

[...]

الاکثر ان القول قول المغصوب منه.

و استدل للاول بان الغاصب منکر للزیادهٔ، و للمالک یدعیها، و الاصل عدمها.

و فیه: ان ذلک و ان تمّ بحسب موازین باب القضاء، الا ان صحیح ابی ولاد المتقدم- قلت: فمن یعرف ذلک؟ قال علیه السلام: انت و هو اما ان یحلف هو علی القیمهٔ فیلزمک، فان رد الیمین علیک فحلفت علی القیمهٔ لزمه ذلک، او یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون ان قیمهٔ البغل حین اکتری کذا و کذا فیلزمک، الحدیث «۱» - یدل علی تقدیم قول المالک مع الحلف، و تخصص القاعدهٔ العامهٔ به، و هذا التخصیص موافق للاعتبار اذ من شئون اخذ الغاصب باشق الاحوال عدم قبول قوله ما لم یرد الحلف علیه، و ان لا یطالب منه شیء من موازین القضاء بل یوجه الخطاب الی المالک، و یکون الحلف وظیفته و کذا رد الیمین اللذان هما وظیفهٔ المنکر فی غیر

باب الغصب، و البینة ایضا وظیفته کما هی وظیفة المدعی فی کل باب، فیکون مع تعذر البیّنة قوله مقدما مع الحلف، بل الصحیح یدل علی تقدیم قوله مع الیمین و ان امکنه اقامة البینة.

فان قیل: ان الصحیح فی مقام بیان طریق معرفة القیمة من دون فرض مخاصمة، و قضیة البینة علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه انما هی فی المخاصمات، و ذلک من جهة ظهور السؤال و الجواب فی ذلک، حیث ان السؤال انما یکون عن العارف و اجاب علیه السلام بانه: اما ان یحلف المالک لمعرفته بقیمة بغله، أو ان تحلف انت من جهة کونه عندک فی مدة، او یقیم المالک البینة لو لم تعرف انت و لم یعرف هو. فالصحیح غیر مربوط بباب النزاع و الخصومة، کما عن جمع من المحققین کالیزدی و الاصفهانی و الایروانی.

---

(۱) الوسائل باب ۷ من ابواب کتاب الغصب حدیث ۱.

الفصل الحادی عشر: فی احیاء الموات. لا یجوز التصرف فی ملک الغیر بغیر اذنه و لو فیما فیه صلاحه کالطریق و النهر و المراح

قلنا: انه یوهن ذلک قوله «فیلزمک» و قوله «لزمه» اذ الملزم انما هو حلف من وظیفته بحسب الجعل الالهی ذلک لا حلف کل احد و ان توافق الطرفان علیه. فالاظهر ان القول قول المالک مع یمینه، و مع ذلک لو اقام البینة تسمع منه.

الفصل الحادی عشر: فی احیاء الموات

اشارة

و المراد بالموات الاراضی غیر المنتفع بها، لعطلتها باستیجامها، او عدم الماء عنها، او استیلاء الماء علیها بحیث تعد مواتا عرفا. و قد استوفینا البحث فی أقسام الاراضی و ما یملک منها بالاحیاء و ما لا یملک، و حکم الموت العارض بعد کونها عامرة، و غیر ذلک مما یرجع الی الاراضی فی کتاب البیع و المکاسب المحرمة و کتاب الخمس. و مما ذکرناه هناک یظهر ان الاحیاء لا یختص بالبناء بل قد یکون به، و قد یکون بالزراعة و الغرس، و قد یکون باحداث الطریق و النهر و المراح و ما شاکل، و فی جمیع هذه الموارد تصیر الارض ملکا للمحیی مع الشرائط المذکورة فی تلک الکتب.

و انما الکلام فی المقام فی مسائل:

[عدم جواز التصرف فی ملک الغیر بغیر اذنه]

اشارة

الاولی: لا یجوز التصرف فی ملک الغیر بغیر اذنه کما مر فی کتاب الغصب، و لا فیما فیه صلاحه ای صلاح المملوک، و یحتاج الیه من مرافقه و حریمه کالطریق المسلوک الیه و النهر، و المراح ای مأوی الابل و الغنم، لاتحاد الدلیل.

و حد الطریق المبتکر فی المباحة مع المشاحة سبع اذرع

بیان حدّ الطریق

و فی حدّ الطریق المبتکر و المراد به الملک المحدث فی المباحة مع المشاحة خلاف، فعن النهایة و الحلی و المصنف هنا و فی المختلف و التحریر و فخر الاسلام و الشهیدین و غیرهم، و فی الریاض: بل لعله المشهور بین الطائفة، ان حده (سبع اذرع). و فی الشرائع و النافع و عن القواعد و عن ولد الماتن انه نقله عن کثیر من الاصحاب، انه خمس اذرع. و منشأ الاختلاف اختلاف الاخبار:
فان منها ما یدل علی الاول، کقوی السکونی عن ابی عبد اللّه عن رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فی حدیث: و الطریق یتشاح الیه اهله فحدّه سبع اذرع «۱» و مثله خبر مسمع اخی عبد الملک عنه علیه السلام «۲».
و منها ما یدل علی الثانی، کموثق ابی العباس البقباق عن ابی عبد اللّه علیه السلام: بل خمس اذرع «۳».
و هما متعارضان، و الترجیح للطائفة الاولی للشهرة التی هی اول المرجحات.
و الظاهر من النصوص عدم اختصاص هذا التحدید بالمبتکر، بل هو حد للطریق مطلقا، کما عن جماعة من المحققین من المتأخرین منهم المحقق القمی ره.
و حق القول فی المقام: ان الطریق قد یکون ملکا لشخص کما لو احدثه فی ارض موات، و هو علی قسمین: اذ قد یشتری من شخص داره أو بستانه او ما شاکل

---

(۱) الوسائل باب ۱۱ من کتاب احیاء الموات حدیث ۵.
(۲) الوسائل باب ۱۱- من کتاب احیاء الموات حدیث ۶.
(۳) الوسائل باب ۱۵ من ابواب کتاب الصلح حدیث ۱.
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۵۸
]...[

و یجعله طریقا الی املاکه، لا إشکال فی ان الحدّ المذکور غیر مربوط به، بل انما التحدید لغیره. و قد یحدثه فی ارض موات فحدّه ما ذکر، و ان کان فیه خلاف آخر، و هو انه هل یصیر الطریق ملکا له بتبع ملک ما جعل طریقا الیه ام لا؟ و قد مر الکلام فیه. و هذا الحکم الذی ذکرناه فیما اذا کان الطریق ملکا لشخص، یجری فیما لو یکن ملکا له و لکن کان ذلک حریما لملکه.
و قد لا یکون ملکا لشخص خاص و لا حریما لملکه، بل کان شارعا عاما معداً لمصالح القاطنین، و هو ایضا علی قسمین: اذ تارة یختص بطائفة خاصة، و الظاهر ان حدّه ما مر. و قد یکون غیر مختص بشخص و لا طائفة- کالشوارع العامة فی البلدان- فحدّه حینئذ ما یحتاجون الیه، فقد یکون فی هذه الازمنة یحتاجون الی شارع یبلغ مائة ذراع، و علی الجملة المیزان فی ذلک رعایة مصلحة الاجتماع، و ما یتوقف علیه حفظ النظام. و الظاهر ان الحد المذکور غیر مربوط به، کما یشهد به موثق البقباق عن الامام الصادق علیه السلام، قال قلت له: الطریق الواسع هل یؤخذ منه شیء اذا لم یضر بالطریق؟ قال علیه السلام: لا «۱».
و فی هذه الطرق التصرف المنافی للتطرق لا یجوز. و اما غیر المنافی له، کالوقوف فی الطریق و الجلوس، بل المعاملة و التظلیل علی موضع الوقوف، بل بناء الدکة بحیث لا تضر المارة، و اخراج الجناح و الروشن و ما شاکل، فلا محذور فیه، لعدم کونها ملکا لشخص او اشخاص کی لا یجوز مطلق التصرف فیها، و اللّه العالم.

---

(۱) الوسائل- باب ۲۷ من ابواب عقد البیع و شروطه حدیث- ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۵۹

و حریم بئر المعطن اربعون ذراعاً، و الناضح ستون ذراعا

بیان حریم البئر

و حریم بئر المعطن و هو و العطن واحد الاعطان و المعاطن، و هی مبارک الابل عند الماء لتشرب اربعون ذراعاً من الجوانب الاربعة و حریم بئر الناضح ستون ذراعا کذلک علی المشهور بین الاصحاب.

و قیل: ان الحریم فی البئر مطلقا ما یحتاج الیه فی السقی، و منها وقوف الناضح و الدولاب، و تردد البهائم، و مصب الماء، و الموضع الذی یجتمع فیه لسقی الماشیة و الزرع من حوض و غیره، و الموضع الذی یطرح فیه ما یخرج منه بحسب العادة.

و أما النصوص فهی مختلفة:

منها: ما یدل علی القول الاول، کخبر عبد اللّه بن معقل ان النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم قال: من احتفر بئراً فله اربعون ذراعا حولها لمعطن ماشیته «۱».

و خبر مسمع بن عبد الملک عن الامام الصادق علیه السلام عن رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: ما بین بئر المعطن الی بئر المعطن اربعون ذراعا، و ما بین بئر الناضح الی بئر الناضح ستون ذراعا، و ما بین بئر العین الی بئر العین خمسمائة ذراع «۲» الحدیث، و نحوه قوی السکونی الا انه اضاف الیه بعد قوله العین: یعنی القناة «۳».

و منها: ما یدل علی ان حریم البئر اربعون ذراعا مطلقا، کصحیح حماد بن عثمان عن ابی عبد اللّه علیه السلام: حریم البئر العادیة اربعون ذراعا حولها «۴».

---

(۱) التذکرة ج ۲ ص ۴۱۳.

(۲) الوسائل باب ۱۱ من کتاب احیاء الموات حدیث ۶.

(۳) الوسائل باب ۱۱ من کتاب احیاء الموات حدیث ۵.

(۴) الوسائل باب ۱۱ من کتاب احیاء الموات حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۶۰

[...]

و ما رواه الصدوق، قال: قضی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم ان البئر حریمها اربعون ذراعا، لا یحفر الی جانبها بئر اخری لعطن او غنم «۱».

و منها: ما یدل علی انه خمسون ذراعا، کخبر وهب عن جعفر بن محمد عن ابیه: ان علی بن ابی طالب علیه السلام کان یقول: حریم البئر العادیة خمسون ذراعا، الا ان یکون الی عطن او الی طریق فیکون اقل من ذلک الی خمسة و عشرین ذراعا «۲».

و منها: ما یدل علی ان الحد فی الارض الصلبة خمسمائة ذراع، و فی الرخوة الف ذراع، کخبر عقبة بن خالد عن ابی عبد اللّه علیه السلام: یکون بین البئرین اذا کانت ارضا صلبة خمسمائة مائة ذراع، و ان کانت ارضا رخوة فألف ذراع «۳».

و الحق فی الجمع ان یقال: اما الاخیر فهو یختص ببئر العین ای القناة، و اما ما قبله فضعیف السند، و اما صحیح حماد و مرسل الصدوق فمطلقان یقید اطلاقهما بالنصوص المفصلة. و علیه فما افاده المشهور اظهر.

ثمّ ان ذلک یختص بالبئر فی الارض الموات، و اما فی المملوکة فلا حدّ لها، لورود النصوص فی ذلک المورد. قال فی المسالک: و نسبة البئر الی العادیة اشارة الی احداث الموات، لان ما کان فی زمن عاد و ما شابهه فهو موات غالبا، و خصّ عادا بالذکر لانها فی الزمان الاول کان لها آبار فی الارض فنسب الیها کل قدیم، انتهی.

ثمّ ان بعض النصوص و الفتاوی و ان اختص بحفر بئر اخری، الا ان الظاهر انه لا یجوز لأحد احیاء المقدار المزبور بغیر حفر البئر ایضا- کزرع أو شجر او نحوهما- لإطلاق بقیة النصوص.

(١) الوسائل باب ١١ من کتاب احیاء الموات حدیث ٧.

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب احیاء الموات حدیث ٨.

(٣) الوسائل ج ١٧ باب ١١ من احیاء الموات، حدیث ٣.

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ٢۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج١٩، ص: ۴۶١

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١٩، ص: ۴۶١

و العین فی الرخوة الف، و فی الصلبة خمسمائة.

بیان حریم العین

و حریم العین و القناة فی الارض الرخوة الف ذراع، و فی الارض الصلبة خمسمائة علی المشهور بین الاصحاب. و عن الاسکافی ان حدّ ذلک ان لا یضر الثانی بالاول، و نفی عنه البأس فی محکی المختلف، و جعله فی المسالک اظهر، و اختاره صاحب الکفایة، و قواه المحقق القمی ره.

یشهد للاول خبر عقبة بن خالد- المنجبر بما عرفت و بروایة المشایخ الثلاثة- عن ابی عبد اللّه علیه السلام: یکون بین البئرین اذا کانت ارضا صلبة خمسمائة ذراع، و ان کانت ارضا رخوة فألف ذراع «١». و به یقید اطلاق خبری مسمع و السکونی المتقدمین الدالین علی ان حدّه خمسمائة ذراع، کما انه یقید اطلاق مرسل محمد بن حفص عن رجل عن الامام الصادق علیه السلام: یکون بین العینین الف ذراع «٢».

و للثانی صحیح محمد بن الحسین: کتب الی ابی محمد علیه السلام رجل کانت له قناة فی قریة، فاراد رجل ان یحفر قناة اخری الی قریة له، کم یکون بینهما فی البعد حتی لا تضر احداهما بالاخری فی الارض اذا کانت صلبة او رخوة؟ فوقّع علیه السلام: علی حسب ان لا تضر احداهما بالاخری ان شاء اللّه تعالی «٣» و نحوه خبر محمد بن علی بن محبوب، قال: کتب رجل الی الفقیه، و ذکر الحدیث «۴».

و خبر عقبة بن خالد عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی رجل اتی جبلا فشق فیه

(١) الوسائل باب ١١- من کتاب احیاء الموات حدیث ٣.

(٢) الوسائل- باب ١٣ من کتاب احیاء الموات حدیث ١.

(٣) الوسائل باب ١۴ من کتاب احیاء الموات حدیث ١.

(۴) الوسائل باب ۱۴ من کتاب احیاء الموات حدیث ۱.

]...[

قناة، فـذهبت قناة الاخری بماء قناة الاولی، فقال علیه السـلام: یتقایسان بحقائب البئر لیلـة لیلة، فینظر ایتها اضـرت بصاحبتها، فان رأیت الاخیرة اضـرت بالاولی فلتعوّر «۱» و رواه فی الوسائـل عن الصـدوق، قـال: و زاد: و قضـی رسول اللّه بـذلک، و قال: ان کانت الاولی اخذت ماء الاخیرة لم یکن لصاحب الاخیرة علی الاول سبیل «۲».

و خبره الآخر عنه علیه لسـلام فی رجل احتفر قناة و أتی لذلک سنـة، ثمّ ان رجلا احتفر الی جانبها قناة، فقضی ان یقاس الماء بحقائب البئر، لیلـة هـذه و لیلـة هـذه، فـان کـانت الاـخیرة اخـذت مـاء الاـولی عورت الاـخیرة، و ان کانت الاولی اخـذت ماء الاخیرة لم یکن لصاحب الاخیرة علی الاولی شیء «۳».

و مورد هـذه الاخبار الثلاثـة الاخیرة و ان کان فی القریتین، الا انها تـدل علی ان المیزان هو الضـرر، و انه لا عبرة بالقـدر المعین. و اما خبر عقبـة الذی هو مدرک القول الاول فهو فی البئر و هو غیر محل النزاع، و حمله علی العین و ان کان ممکنا الا انه یحتاج الی دلیل، و فهم المشـهور لا یصـلح قرینة علیه، و علیه فالقول الثانی اظهر. و لو سلم شموله لما هو محل النزاع، و کذا النصوص المطلقة، فیمکن الجمع بین الطائفتین بحمل النصوص الاول علی صورة عدم معرفة الضـرر، و ان ما فیها مجعول طریقا للضـرر و عدمه، و یؤیده مناسـبة الحکم و الموضوع.

ثمّ ان النصوص سـیما ما اعتمـدنا علیه فی الحکم مختصـة بالقناة فی الارض الموات، و اما القناة فی المعمورة فالظاهر انه لا خلاف فی ان لصاحب الارض المعمورة المملوکة ان یحفر قناة فی ملکه و ان تضرر صاحب القناة الاخری، و انه لا حدّ لها، و لا

---

(۱) الوسائل باب ۱۶ من کتاب احیاء الموات حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۱۶ من ابواب کتاب احیاء الموات حدیث ۲.

(۳) الوسائل باب ۱۶- من ابواب کتاب احیاء الموات حدیث ۳.

]...[

یعتبر الفصل بینهما بمقدار لا یضر الثانیة بالاولی و لا بالزرع. و علی الجملة المعروف بینهم ان الحریم مختص بالاراضی المباحة، و اما فی الاملاک المتجاورة فلا حریم، لقاعدة السلطنة «۱».

و التحقیق یقتضـی ان یقـال: انه تـارة نقول بـان من حفر قناة کما یملک الارض یملک ما فیها من المیاه، اما لان من ملک ارضا ملک قرارها الی تخوم الارض و فراغها الی عنان السـماء، لو لان الاحتفار حیازة لما فیها من المیاه. فحینئـذ یتعین البناء علی عـدم جواز حفر قناة اخری فی ملک الحافر ان اضـرت بالاولی، و لا تصـلح قاعـدة السـلطنة لاثبات الجواز، فانها لا تـدل علی جواز التصـرف فی ملک الغیر، و هل التمسک بها فی المقام الا کالتمسک بها لاثبات جواز ان یذبـح بمـدیته غنم الغیر، بدعوی انه مسـلط علی مدیته یتصـرف فیها ما شاء.

و أما لو انکرنا ذلک، و قلنا بان من ملک ارضا و ان کان یملک مقدارا من الفراغ الذی یتوقف علیه تصرفاته فی ارضه، و لمقدار آخر منه بتبعیـة الارض بمنزلة الحریم لها، و مقدارا من قرارها کذلک، و لا یملک ما تجاوز عن ذینک الحدین کما هو الاظهر، و بنینا علی

ان الحیازة المملکة لا- تصدق علی حفر القناة بالاضافة الی المیاه الموجودة فی عروق الارض، و ان ادعاه المحقق القمی ره کما هو الصحیح، فالظاهر تمامیة الاستدلال بقاعدة السلطنة علی المال و النفس و العمل لجوازه.

و یبقی الکلام حینئذ فی حدیث لا ضرر «۲» الحاکم علی قاعدة السلطنة، کحکومته علی جمیع الادلة الاولیة. و نخبة القول فیه: انه تارة یتضرر المالک من عدم

---

(۱) البحار ج ۱ ص ۱۵۴ الطبع القدیم ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

(۲) الوسائل- باب ۱۲ من احیاء الموات و باب ۱۷ من ابواب الخیار.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۶۴

و یحبس النهر

حفر القناة، و اخری لا یتضرر و لکن تفوت منه المنفعة، و ثالثة لا یتضرر بترک الحفر و لا تفوت منه المنفعة به.

اما فی الصورة الاولی فلا توقف فی جواز الحفر، لان الزامه بتحمل الضرر و حبسه عن ملکه لئلا یتضرر الغیر حکم ضرری منفی، و لا مورد حینئذ لملاحظة اقل الضررین.

و أما فی الصورة الثالثة فلا کلام فی عدم جواز الحفر، لان تجویز ذلک حکم ضرری، و لا ضرر فی منع المالک عن هذا التصرف، و لا تصلح قاعدة السلطنة لمعارضة حدیث لا ضرر، لمحکومیتها بالنسبة الیه.

و ما فی الصورة الثانیة فالمشهور الجواز، و یشهد به ان حبس المالک عن الانتفاع بملکه و جعل الجواز تابعا لتضرر الجار حرج عظیم، و لا یعارضه تضرر الجار، لعدم وجوب تحمل الحرج و الضرر لدفع الضرر عن الغیر، کما یدل علیه تجویز الاضرار مع الاکراه.

و فائدة هذا الحریم منع الغیر من احداث عین اخری، بخلاف حریم البئر المتقدم، فان فائدته کما مر منع الغیر من احیاء ذلک المقدار مطلقا حتی بالزرع و الشجر، و الفرق ان الحریم هناک للانتفاع بالبئر فیما اعد له و ما یحتاج الیه عادة کما مر، و فی المقام عدم انتقال ماء العین الاولی الی الثانیة،

لو لم یف النهر المباح المجتمع علیه املاک

الثانیة: اذا تشاح و تنازع اهل الوادی فی مائه، فان کان الماء ملکا لهم فیقسم الماء علی قدر انصبائهم فیه، و ان لم یکن ملکا لهم بل کان مباحا (یحبس النهر

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۶۵

للاعلی الی الکعب فی النخل و للزرع الی الشراک، ثمّ کذلک لمن هو دونه.

للاعلی) الذی یلی فوهة الارض- بضم الفاء- و هو اصله (الی الکعب فی النخل، و للزرع الی الشراک) و هو اسفل منه بقلیل ثمّ کذلک لمن هو دونه و هکذا، بلا خلاف فی اصل الحکم مطلقا، استظهر الثانی بحبس الاول ام لا، کما فی الریاض، و فی المسالک الاجماع علیه.

و المستند جملة من النصوص، لاحظ خبر غیاث بن ابراهیم عن الصادق علیه السلام: قضی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فی سیل وادی مهزور للزرع الی الشراک، و للنخل الی الکعب، ثمّ یرسل الماء الی اسفل من ذلک. قال ابن ابی عمیر: و مهزور موضع واد «۱».

و خبره الآخر عنه علیه السلام: قضی رسول اللّه فی سیل وادی مهزور ان یحبس الاعلی علی الاسفل، للنخل الی الکعبین، و للزرع الی

الشراكين «٢».

و خبر عقبة بن خالد عنه عليه السلام: قضى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله فى شرب النخل بالسيل ان الاعلى يشرب قبل الاسفل، يترك من الماء الى الكعبين ثمّ يسرح الماء الى الاسفل الذى يليه و كذلك حتى ينقضى الحوائط و يفنى الماء «٣» و نحوها غيرها.

و أما ما عن المبسوط و السرائر: روى اصحابنا ان الاعلى يحبس الى الساق للنخل و للشجر الى القدم و للزرع الى الشراك، و عليه اكثر الاصحاب، فلا ينافى ما مر فان الكعب هو المفصل بين القدم و عظم الساق، فيكون قوله الى القدم كناية عن

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب احياء الموات حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب احياء الموات حديث ۵.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ۴۶۶

و للمالك ان يحمى المرعى فى

منتهى الكعب، فموافق الطائفتان و القولان. نعم، فى القول الثانى و الاخبار الثانية اضيف الشجر و لم يذكر فى الاولى، و لا تنافى بينهما من هذه الجهة ايضا، فلا خلاف بين الاصحاب و لابين الروايات.

و مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين سبق الاعلى فى احياء الارض التى يراد سقيها و بين لحوقه. و عن الشهيدين و جماعة اختصاص الحكم بما لو كان الاعلى سابقا فى احياء الارض، او كان السابق مجهولا، و اما اذا كان المتأخر سابقاً فى الاحياء فهو يقدم، لتقدم حقه فى الماء بالاحياء. و استوجهه الفاضل الخراسانى ره قائلا: ان الروايات الدالة على تقديم الذى يلى فوهة النهر لا عموم لها بحيث يشمل هذا القسم. و لكن ثبوت حقه فى الماء المباح الجارى من الاعلى باحياء الارض يحتاج الى دليل، و عدم العموم لا يضر بعد وجود الاطلاق. فالاظهر عدم الاختصاص.

قال فى المسالك: ان اطلاق النص و الفتوى لسقى الزرع و الشجر بذلك المقدار محمول على الغالب فى ارض الحجاز من استوائها و امكان سقى جميعها كذلك. فلو كانت مختلفة فى الارتفاع و الانخفاض، بحيث لو سقيت اجمع كذلك زاد الماء فى المنخفضة عن الحد المشروع، افرد كل واحد بالسقى بما هو طريقه، توصلا الى متابعة النص بحسب الامكان، و لو كانت كلها منحدرة لم يقف الماء فيها كذلك سقيت بما تقتضيه العادة، و سقط اعتبار التقدير الشرعى لتعذره، انتهى.

جواز حماية المرعى للمالك

الثالثة: لا خلاف و لا اشكال فى انه يجوز (للمالك ان يحمى المرعى فى

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١٩، ص: ۴۶٧

ملكه. و للامام (عليه السلام) مطلقا.

ملكه) خاصة، و لا يجوز ان يحمى بقعة من الموات لمواش بعينها و يمنع سائر الناس من الرعى فيها، و انما كان ذلك جائزا لرسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم خاصة لانه أولى بالمؤمنين من انفسهم و لكنه لم يفعل، و كذا يجوز عندنا الحمى (للامام عليه السلام مطلقا) لانه بمنزلة النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و الموات له عليه السلام كما مر.

قالوا: و الاصل فى هذا الحكم ان الغريب من العرب كان اذا انتجع بلداً مخصبا، وافى بكلب على جبل ان كان به او على نشر ان لم

یکن به ثمّ استعوی الکلب و وقف له من کل ناحیة یسمع صوته بالعوی، فحیث انتهی صوته حماه من کل ناحیة لنفسه، و یرعی مع العامة فیما سواه، فنهی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله عن ذلک و قال: لا حمی الا للّه و لرسوله، و زاد فی آخر: و لائمة المسلمین.
و علی هذا فلو بادر احد الی الحمی و احیاه لم یملکه، لتعلق حق المسلمین به، و للنبوی «۱» و ما دل علی شرکة المسلمین فی الماء و الکلأ و النار «۲» و مفهوم نصوص کخبر محمد بن عبد اللّه- الذی هو قریب من الصحیح بالبزنطی- عن الامام الرضا علیه السلام عن الرجل تکون له الضیعة، و تکون لها حدود تبلغ حدودها عشرین میلا او اقل او اکثر، یأتیه الرجل فیقول: اعطنی من مراعی ضیعتک و اعطیک کذا و کذا درهما، فقال علیه السلام: اذا کانت الضیعة له فلا بأس «۳».
و حسن ادریس بن زید عن ابی الحسن علیه السلام، قال قلت: جعلت فداک،

---

(۱) التذکرة ج ۲ ص ۴۱۱.
(۲) الوسائل باب ۵- من کتاب احیاء الموات حدیث ۱.
(۳) الوسائل باب ۹ من کتاب احیاء الموات حدیث ۱.

و لیس لصاحب النهر تحویله الا باذن صاحب الرحی المنصوبة علیه

ان لنا ضیاعا و لها حدود و لنا الدواب فیها مراعی، و للرجل منا غنم وابل و یحتاج الی تلک المراعی لابله و غنمه، ا یحل له ان یحمی المراعی لحاجته الیها؟ فقال علیه السلام: اذا کانت الارض ارضه فله ان یحمی و یصیر ذلک الی ما یحتاج الیه، قال و قلت له: الرجل یبیع المراعی؟ فقال علیه السلام: اذا کانت الارض ارضه فلا بأس «۱».
و علیهما یحمل اطلاق خبر موسی بن ابراهیم عن ابی الحسن علیه السلام عن بیع الکلأ و المرعی، فقال علیه السلام: لا بأس به، و قد حمی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم النقیع لخیل المسلمین «۲».

[لیس لصاحب النهر تحویله الا باذن صاحب الرحی]

الرابعة: (و لیس لصاحب النهر تحویله الا باذن صاحب الرحی المنصوبة علیه باذنه)، لصحیح محمد بن الحسن، کتبت الی ابی محمد علیه السلام: رجل کانت له رحی علی نهر قریة و القریة لرجل، فاراد صاحب القریة ان یسوق الی قریته الماء و فی غیر هذا النهر و یبطل هذه الرحی، أله ذلک ام لا؟ فوقع علیه السلام: یتقی اللّه و یعمل فی ذلک بالمعروف لا یضر اخاه المؤمن «۳».
و مقتضی اطلاق النص شمول الحکم لما اذا کان نصب الرحی علیه بسبب لازم من صلح او غیره، ام کان بسبب جائز کالاذن، و به افتی المحقق القمی ره فی جامع الشتات. و لکن قیّده الحلی فی محکی السرائر بما اذا کان نصب الرحی علی النهر بامر حق واجب علی صاحبه، و فی الریاض: و هذا هو الاقوی، بناء علی القول الآخر الذی ذهب الیه اصحابنا من ترجیح ادلة السلطنة علی ادلة نفی الضرر. و فیه: انه تقیید للاطلاق بلا مقید.

---

(۱) الوسائل- باب ۲۲ من ابواب عقد البیع و شروطه حدیث ۱.
(۲) الوسائل باب ۹ من ابواب احیاء الموات حدیث ۳.
(۳) الوسائل باب ۱۵ من ابواب احیاء الموات حدیث ۱.

و یکره بیع الماء فی القنوات و الانهار.

حکم بیع الماء

الخامسة: قال قده (و یکره بیع الماء فی القنوات و الانهار).

الکلام فی هذه المسألة یقع فی جهات.

الاولی: فی ان الماء هل یملک ام لا؟ الظاهر هو ذلک کما هو المعروف بین الاصحاب، و فی الجواهر: بل الاجماع بقسمیه علیه، بل لعله ضروری. و الشاهد به ما دل علی تملک المباحات بالحیازة، فان الماء من جملة المشترکات بالاصالة، للاصل، و الاجماع بقسمیه، و النبوی: الناس شرکاء فی ثلاث: الماء، و الکلأ و النار «۱» و الکاظمی: ان المسلمین شرکاء فی الماء و النار و الکلأ «۲» فیملکه من حازه.

فان قیل: انه بالحیازة تملک المباحات لا المشترکات، و الخبران یدلان علی اشتراک الناس او المسلمین فی الماء، فلا یملک بالحیازة.

قلنا: انه بعد ما لیس المراد بالشرکة هو کونه ملکا للجمیع، و الا لزم عدم جواز التصرف الا باذن الجمیع و هو بدیهی البطلان، فالمراد هو الشرکة فی الانتفاع به، فهو من المباحات و الناس فیه شرع سواء، فیشمله ما دل علی ان من سبق الی ما لم یسبق الیه احد فهو له «۳» مضافا الی تسالم الاصحاب علیه بنحو لا یبقی مجال للتشکیک.

الثانیة: انه لا إشکال علی ما تقدم فی ملکیة الماء بالشراء او الحیازة، کما لو احرز من المباح فی آنیة او غیرها بقصد التملک، فهل یملک الماء بحفر البئر و بلوغ الماء ام لا؟

---

(۱) المستدرک باب ۴ من ابواب احیاء الموات حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۵ من کتاب احیاء الموات حدیث ۱.

(۳) المستدرک باب ۱ من احیاء الموات حدیث ۴.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۷۰

]...[

اما بعد اخراجه من الارض من من بئر و عین بنیة التملک، فملکیته مذهب الاصحاب- کما فی المسالک- کسائر المباحات التی یملکها السابق، و ما عن الشیخ من وجوب بذل الفاضل عن حاجته سیأتی الکلام فیه. و اما قبل الاخراج فملکیته منسوبة فی غیر واحد من الکلمات الی الاصحاب مشعرا بالاجماع علیها، و فی الجواهر: بل لعله کذلک نظرا الی السیرة المستمرة، و یمکن توجیهها بان الماء نماء ملکه کلبن الدابة، بل الظاهر انه حیازة للماء نفسه و سبق الیه ما لم یسبق الیه مسلم فهو له، و ربما یقال: ان ملک الارض یقتضی ملک الماء الکامن فیها و ان لم یکن من اجزائها، و ایضا یشهد به فحوی ما سیجیء من الاخبار المتضمنة لبیع الشرب.

الثالثة: ما یقبضه النهر المملوک من الماء المباح، قال الشیخ: لا یملکه الحافر کما اذا جری السیل الی ارض مملوکة، لانه مباح دخل فی ملکه فیبقی علی اصل الاباحة، و انما یکون الحافر اولی به لان یده علیه. و المشهور بین الاصحاب، بل لم ینقل الخلاف عن غیر مبسوط الشیخ، انه یملک الماء کما یملک الماء الخارج بحفر البئر و العین، و هو الاظهر، لان ذلک انما یکون من قبیل شبکة مثلا لصید فی انه یعد حیازة و سبقا الی ما لم یسبق الیه غیره.

و خبر اسماعیل بن الفضل یشهد به، قال: سألت ابا عبد اللّه علیه السلام عن بیع الکلأ اذا کان سیحا فیعمد الرجل الی مائه فیسوقه الی

الارض فیسقیه الحشیش، و هو الذی حفر النهر و له الماء یزرع به ما شاء؟ فقال علیه السلام: اذا کان الماء له فلیزرع به ما شاء و لیبعه بما احبّ «۱».

الرابعة: فی بیع الماء، لا خلاف و لا إشکال فی جواز بیع الماء المملوک المخرج،

---

(۱) الوسائل- باب ۹ من کتاب احیاء الموات حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۷۱

[...]

المعلوم کیله او وزنه او بالمشاهدة الرافعة للغرر. و اما الماء المخرج من الارض من بئر و عین بنیة التملک، فالمعروف من مذهب الاصحاب انه یجوز جمیع التصرفات فیه و نقله الی الغیر بعوض، لکن عن الشیخ فی المبسوط انه اوجب علی مالکه بذل الفاضل عن حاجته لشربه و شرب ماشیته و زرعه الی غیره بغیر عوض، اذا احتاج الیه لشربه و شرب ماشیته من السائلة و غیرهم لا لسقی الزرع و الشجر. و منشأ الاختلاف اختلاف النصوص:

اذ منها ما تضمن النهی عن بیعه، کموثق ابی بصیر عن ابی عبد اللّه علیه السلام: نهی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم عن النطاف و الاربعاء، قال: و الاربعاء ان یسنّی مسناة فیحمل الماء فیسقی به الارض ثمّ یستغنی عنه، فقال علیه السلام: فلا تبعه و لکن اعره جارک. و النطاف ان یکون له الشرب فیستغنی عنه فیقول: لا تبعه اعره اخاک او جارک «۱».

و موثق البصری عنه علیه السلام: نهی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم عن المحاقلة، الی ان قال: و النطاف شرب الماء لیس لک اذا استقیت عنه ان تبیعه جارک تدعه له، و الاربعاء المسناة تکون بین القوم فیستغنی عنها صاحبها، قال علیه السلام: یدعها لجاره و لا یبیعها ایاه «۲».

و الخبر عنه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم انه نهی عن بیع فضل الماء «۳».

و النبوی: من منع فضل الماء لیمنع به الکلأ منعه اللّه فضل رحمته یوم القیامة «۴»

---

(۱) الوسائل باب ۷ من کتاب احیاء الموات حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۲۴- من ابواب عقد البیع و شروطه حدیث ۴.

(۳) التذکرة ج ۲ ص ۴۱۰.

(۴) المستدرک باب ۶ من احیاء الموات حدیث ۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۷۲

[...]

و المراد ان الماشیة انما ترعی بقرب الماء، فاذا امتنع من الماء فقد امتنع من الکلأ و حازه لنفسه و نحوه خبر عقبة «۱».

و منها: ما یدل علی جواز البیع، کخبر اسماعیل بن الفضل المتقدم، و صحیح سعید الاعرج عن ابی عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یکون له الشرب مع قوم فی قناة فیها شرکاء فیستغنی بعضهم عن شربه، یبیع شربه؟ قال علیه السلام: نعم، ان شاء باعه بورق، و ان شاء بکیل حنطة «۲».

و حسن الکاهلی عنه علیه السلام عن قناة بین قوم لکل رجل منهم شرب معلوم فاستغنی رجل منهم عن شربه، ا یبیعه بحنطة او شعیر؟

قال علیه السلام: یبیعه بما شاء، هذا مما لیس فیه شیء «۳» و نحوه خبر علی بن جعفر «۴».

و الجمع بین الطائفتین یقتضی البناء علی کراهة البیع، أو افضلیة عدم اخذ العوض.

ثمّ انه وقع الخلاف بین المجوزین فی اخذ العوض، فی انه هل یصح بیعه، أم یتعیّن فی نقله بعوض من ایقاع معاملة اخری علیه من صلح و شبهه، نسب المحقق القمی ره الی المشهور عدم جواز البیع. و عن الشهید قده جواز بیعه دائما، و عدم جوازه بدون ذلک.

و الاظهر هو الجواز مع المعلومیة بمقدار یرتفع به الغرر. و لا یضر الجهل بالکیل أو الوزن، لعدم کون الماء من المکیل و الموزون، و النصوص المتقدمة شاهدة به. و حمل

---

(۱) الوسائل باب ۷ من ابواب احیاء الموات حدیث ۲.

(۲) الوسائل باب ۶ من کتاب احیاء الموات حدیث ۱.

(۳) الوسائل باب ۶ من کتاب احیاء الموات حدیث ۲.

(۴) الوسائل باب ۶ من ابواب احیاء الموات حدیث ۳.

و یجوز اخراج الرواشن و الاجنحة فی الطرق النافذة ما لم تضر بالمارة و مع الاذن فی المرفوعة و کذا فتح الابواب

ما فیها من البیع علی ارادة النقل بعوض بغیر البیع المصطلح- کما افاده المحقق القمی ره- خلاف الظاهر، لا یصار الیه الا مع القرینة، و کون بیعه غرریا لا یصلح قرینة علیه، لمنعه أولًا، و اخصیة النصوص عن دلیله لو سلم کونه غرریا دائما ثانیا. فلا اشکال فی جواز بیعه.

حکم اخراج الرواشن فی الطرق

السادسة: و المعروف بین الاصحاب انه یجوز اخراج الرواشن و الاجنحة فی الطرق النافذة ما لم یضر بالمارة و مع الاذن فی المرفوعة و کذا فتح الابواب. و تمام الکلام ببیان امور.

۱- قالوا: الجناح و الروشن یشترکان فی اخراج خشب من الحائط الی الطریق، بحیث لا یصل الی الجدار المقابل و یبنی علیه، و لو وصل فهو الساباط. و فی المسالک: و ربما فرق بینهما بان الاجنحة ینضمّ الیها مع ما ذکران یوضع لها اعمدة من الطریق.

۲- المدار فی الضرر بالمارة هو العرف، و یعتبر فی المارة بما یلیق بتلک الطرق عادة، فان کانت مما یمر فیه الابل اعتبر فیه مروره محملا و مرکوبا و علی ظهره محملا و ان کانت مما یمر علیه الفرسان اعتبر ارتفاع ذلک بقدر لا یصدم الرمح علی وضعه مما لإعادة.

۳- مدرک الجواز فی الطرق النافذة- و هی الطرق التی تنتهی الی طریق او مکان مباح یجوز استطراقه- انها لیست ملکا لاربابها، و انما هی من قبیل الحریم،

[...]

و المتیقن منه ان لهم و لغیرهم الاستطراق فیها و لا یجوز مزاحمتهم فی ذلک، و اما سایر التصرفات فلا وجه للمنع عنها، فیجوز اخراج الرواشن و الاجنحة و فتح الباب و ما شاکل و ان تضرر الجار بالاشراف علیه. نعم، اذا تضرر الجار بذلک، و لم یکن فی منعه من الاخراج و الفتح ضرر علیه و لا فوات نفع، یجبر لقاعدة لا ضرر کما مر.

و أما الطرق المرفوعة- و هی التی لا تنتهی الی طریق او مکان مباح یجوز استطراقه، بل اما ان یکون رأسها مسدوداً بجدار و نحوه، او تکون منتهیة الی سد- فقالوا انه لا یجوز اخراج الرواشن و الاجنحة و فتح الباب فیها الا باذن اربابها، و المراد بارباربها کل من له الیها باب یخرج منه الیها علی وجه شرعی.

و استدلوا لذلک بان المرفوع ملک لاربابه کسائر املاکهم، فیکون کالمال المشترک لا یصح لأحد من اربابه التصرف فیه الا باذن الباقین، سواء کان التصرف باحداث الباب او الساباط او الروشن ام غیرها، و سواء اضرّ بهم ام لم یضر.

و استشکل فیه المحقق الاردبیلی و منع ذلک الا ان یثبت الملکیة بوجه شرعی و لو بادعائهم الملکیة مع عدم العلم بفساد الدعوی، فان الذی علم من التصرف بالاستطراق استحقاقهم ذلک، و حیث ان اکثر الطرق و الاستطراق یحصل فی غیر الملک فلا امارة للملکیة التی هی خلاف الاصل، اذ لا فرق بین المسلوک و المرفوع فی الحصول الا ان المترددین فی الاول اکثر. ثمّ ایّد ذلک بعمل الناس من دخولهم فی هذه السکک و وقوفهم و جلوسهم بدون اذن اربابها من دون نکیر، قال: و هو دلیل عدم الملکیة، بل لو کان ملکا لم یجز لسائر الشرکاء الدخول بدون اذن الباقین.

و فیه انه: یمکن توجیه ما افاده المشهور بان الطریق المرفوع تحت ید اربابه و الید امارة الملکیة، و مع الاغماض عنه انه حریم املاکهم و المشهور بینهم ملکیة الحریم و ان کنا اشکلنا فیه و مع التنزل، فلا اقل من انهم احق به من غیرهم و کونه متعلقا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۷۵

و یشترک المتقدم و المتاخر فی المرفوعة

لحقهم. فعلی ذلک لا یجوز لاحدهم التصرفات مطلقا الا مع اذن الباقین، الا خصوص الاستطراق، اما لان ذلک شرط ضمنی عند جعله طریقاً بینهم، او لان بعض التصرفات یجوز فی الاملاک للسیرة او غیرها- کالصلاة فی الاراضی المتسعة، و الوضوء من الانهار الکبار- فلیکن المقام من هذا القبیل، و به یظهر وجه جواز التصرفات المشار الیها لغیر اربابه. فما افاده المشهور اظهر.

هذا کله فی التصرف فی الطریق. اما تصرف کل منهم فی ملکه بفتح الروازن و الشبابیک فلا اشکال فی جوازه، لتسلط الانسان علی التصرف فی ملکه بما شاء و ان استلزم الاشراف علی الجار، لان المحرم هو التطلع لا التصرف فی الملک، فیستفید بذلک الاستضاءة فی بیته و لیس للجار سد ذلک، و ان کان له وضع شیء فی ملکه یمنع الاشراف. نعم، استثنوا من ذلک فتح باب فیه، کما لو کان له دار حائطها الی الطریق المرفوع فاراد ان یفتح بابا الیه فی ملکه، قالوا: لا یجوز ذلک، دفعا لشبهة استحقاقه المرور منه بعد تطاول الزمان، فانه اذا اشتبه حاله یشعر باستحقاق المرور لانه وضع له.

و قد اشکل الشیخ ره فی مصالحة احد ارباب الطریق الباقین علی احداث روشن فیه، و علّله بانه لا یجوز افراد الهواء بالبیع، و الصلح متفرع علیه فی ذلک. و فی الشرائع: و فیه تردد. و لکن لو سلم الاشکال فی البیع، لا مجال للاشکال فی الصلح بعد اطلاق ادلته.

الطرق المرفوعة مشترکة بین اربابها

السابعة: و المشهور بین الاصحاب انه (یشترک المتقدم و المتاخر فی المرفوعة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۷۶

الی الباب الاول و صدر الدرب، و یختص المتأخر بما بین البابین، و لکل منهما تقدیم بابه لا تأخیرها

الی الباب الاول و صدر الدرب، و یختص المتأخر بما بین البابین، و لکل منهما تقدیم بابه لا تأخیرها). و عن الشهید فی الدروس تقویة اشتراک الجمیع فی الجمیع، و اختاره المحقق الاردبیلی ره.

و استدل للاول بانه فی المرفوعة الی الباب الاول و صدرها هم متساوون فی الارتفاق بها و لا أولویة لواحد علی غیره، بخلاف ما بین البابین، لان أدخلیة الباب تقتضی الاستطراق و هو مختص بالمستطرق، فیتحقق الترجیح.

و اورد علیهم المحقق الاردبیلی قائلا: ان دلیل المشهور مدخول، و الاصل دلیل قوی، و لیس هنا ما یدل علی اختصاص احد الاستطراق و عدم مرور الغیر الیه و هو لیس بدلیل لما مر. و لانه لو کان ذلک دلیل الملک لکان الفاضل فی آخر المرفوعة ملکا للاخیر. و لانه قد یکون المرفوعة واسعة و لا یمر الادخل الا فی بعضها. و لانه قد یکون فی مقابله ایضا باب فیشکل الاختصاص.

ثمّ انه ره اخذ علیهم التناقض بین کلامهم هذا و بین ما ذکروه من ان المرفوعة لکل من فیها ارضها و هوائها، لا یجوز لأحد منهم اخراج الرواشن و الاجنحة و الساباط و المیزاب حتی فتح الباب الجدید لغیر الاستطراق بدون اذن الجمیع، و یجوز مع اذنهم، فان هذه الاحکام تدل علی عدم الاختصاص لأحد. و ایضا حکمهم بجواز اخراج الاقدم ببابه فی المشترک یقتضی جواز ادخال الادخل ببابه فی الفاضل، لانه ایضا مشترک، و هم منعوا عنه.

و یرد علی ما مر منه ما تقدم منا.

و یرد علی الوجه الثانی ما افاده الشهید الثانی ره: بان ثبوت ملک شیء لا یتوقف علی مسلک له، و مع ذلک فیمکن دخول الخارج الی الفضلة بشاهد الحال،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۷۷

و لو اخرج الرواشن فی النافذة فلیس لمقابلة منعه و ان استوعب عرض الدرب و لو سقط فبادر مقابله لم یکن للاول منعه

کسلوک غیره ممن لا حق له فی تلک الطرق، فاذا انضم الی ذلک اشتراکهم جمیعا فی التصرف فی الفضلة حکم باشتراکها بینهم.

و علی الثالث: ان امارة الملکیة لیست هی المرور، بل کون الشیء تحت استیلائه، و الطریق الواسع کذلک و ان کان فی المرور یمر علی بعضه.

و علی الرابع: انه لو کان فی مقابله ایضا باب کانا مشترکین فیه.

و أما التناقض الاول الذی ذکره فیمکن دفعه بان مراد الاصحاب من کون المرفوعة ملکا لاربابها، لیس کونها ملکا لجمیع الارباب بنحو الاشاعة فی الجمیع، بل مرادهم انها لیست مثل النافذة التی لیست ملکا لأحد، و مرادهم باربابها جنس الجمیع لا العموم الافرادی، فلا ینافی مع کون بعضها ملکا لبعضهم خاصة.

و أما قوله ره: و ایضا حکمهم بجواز اخراج الاقدم ... الخ، فیرده منع الملازمة، و منع کون العلة فی الاول هو مجرد الاشتراک حتی یتم فی الفرع، بل لانه اسقاط لحقه السابق الثابت من دون تصرف جدید فی مال الشریک فهو تصرف بعض فی حقه المشترک، بخلاف ادخال الباب فی الفاضل، فان الاستحقاق فیه لیس من جهة العبور بل من جهة کونه من المرافق المحتاج الیها احیانا لحط الاثقال و نحوه، و التصرف علی نهج یوجب استحقاق العبور فیه من دون الشرکاء تصرف فی المشترک بدون الاذن و اسقاط لبعض حق الشرکاء. نبه علی ذلک المحقق القمی ره.

و مما ذکرناه فی المسألة المتقدمة یظهر انه (لو اخرج الرواشن فی النافذة فلیس لمقابلة منعه و ان استوعب عرض الدرب، و) انه لو سقط فبادر مقابله لم یکن للاول منعه لان الاول لم یملک الموضع بوضع الروشن فیه و انما اکتسب اولویة، فاذا زال زالت. اللهم الا ان یقال: ان الهواء یملک مستقلا، فبإخراج الروشن

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۷۸

و یستحب للجار وضع خشب جاره علی حائطه مع الحاجة، و لو اذن جاز الرجوع قبل الوضع، اما بعده فبالأرش.

حازه المخرج و ملکه و لا مزیل له، و المسألة محتاجة الی التأمل.

وضع الجذوع علی حائط الجار

الثامنـة: اذا التمس وضع جـذوعه علی حائط جاره لم یجب علی الجار اجابته، بلا خلاف، و فی المسالک: هذا عندنا موضع وفاق، لما دل علی انه لا یحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه «۱».

و لکن (یستحب للجار وضع خشب جاره علی حائطه مع الحاجة) لما روی عنه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: لا یمنعن احدکم جاره ان یغرز خشبة فی حائطه «۲» و فی خبر آخر: ان الجار یضع جـذوعه فی حائط جاره شاء ام أبی «۳» المحمولین علی الاستحباب، سیما مع عدم ثبوت صحتهما.

و انما الکلام فیما ذکره جماعة من انه (لو اذن جاز الرجوع قبل الوضع، اما بعده فبالأرش). و مورد الکلام امور:

الاول: بعد ما لا کلام فی انه یجوز الرجوع قبل الوضع، اختلفوا فی الرجوع بعد الوضع، و قد منع عنه الشیخ و الاتباع، و استدلوا له بان الاذن فی مثل ذلک یقتضی الدوام کالاذن فی دفن المیت فی الارض، بلزوم الضرر بالنقض حیث یفضی الی

---

(۱) الوسائل باب ۳- من ابواب مکان المصلی- و باب ۱- من ابواب القصاص فی النفس و المستدرک ج ۱ ص ۲۱۲.

(۲) اخرجه البخاری ج ۳ ص ۱۶۴ کتاب المظالم و الغصب و رواه مسلم ج ۵ ص ۵۷.

(۳) رواه الخرائطی من مکارم الاخلاق من حدیث ابی هریرة کما عن المغنی.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۷۹

]...[

خراب ملک المأذون.

و لکن یرد علی الاول: ان کون الاذن مقتضیا للـدوام، لا یستلزم عـدم جواز الرجوع بعـد کونه من قبیل العاریـة التی هی غیر لازمة، و القیاس بالاذن فی دفن المیت مع الفارق ان قلنا بحرمة النبش فی هذا المورد، و الا فیجوز الرجوع فی المقیس علیه ایضا.

و علی الثانی: ان الضرر لا یصلح للزوم الاذن سیما بعد کونه مقدما علیه، فانه مع العلم بالجواز اقدم علیه. فالاظهر هو جواز الرجوع.

الثانی: انه علی تقدیر الجواز، هل ینقض مجانا او مع الارش؟ قولان.

اختار المصـنف ره هنا و المحقق فی الشـرائع و الشهید الثانی فی المسالک و غیرهم فی غیرها الثانی. و استدل له بانه بناء محترم صدر بالاذن فلا یجوز قلعه الا بعد ضمان نقضه، و بان فیه جمعا بین الحقین، و بانه سبب الاتلاف لاذنه و المباشر ضعیف.

و لکن کون البنـاء محترمـا صـادرا بالاـذن الجـائز لیس من موجبـات الضـمان، لما مر من انه مجرد کونه محترما ما لم ینطبق علیه احد العنـاوین المضـمنة من الیـد و الاتلاف و الاستیفاء لیس من موجبات الضـمان. و کونه جمعا بین الحقین فرع ثبوت حق له فی الابقاء و الکلاـم الآـن فیه. و کونه سـبب الاتلاـف بعـد کون اذنه ممـا یجوز الرجوع فیه، و وساطـة اختیار الفاعل المختار ممنوع. فالاظهر عـدم الضمان.

الثالث: انه علی تقـدیر ثبوت الارش، فهل هو عوض ما نقصت آلات الواضع بالهدم، او تفاوت ما بین العامر و الخراب؟ وجهان مبنیان علی ان مدرک ثبوت الضمان هو الوجه الاول و الثانی، او الثالث. فعلی الاولین الاول، و علی الثالث الثانی کما لا یخفی.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۸۰

و لو تـداعیا جـدارا مطلقا فهو للحالف مع نکول الآخر، لو حلفا أو نکلا فلهما. و لو اتصل ببناء احـدهما او کان له علیه طرح فهو له مع

الیمین،

فروع التنازع

التاسعة: فی جملة من فروع التنازع.

منها: و لو تداعیا جدارا بین ملکیهما مطلقا و المراد بالاطلاق هنا ان لا یکون مقیداً بوجه یوجب کونه لاحدهما شرعاً، کاتصاله باحدهما اتصال ترصیف بتداخل الاحجار، أو کون اس الجدار له، أو کونه مبنیا علی جذع داخل فی بنائه، او کون وجه الجدار الیه بزیادات فیه من طرفه، و ما شاکل.

فان کان الجدار فی یدیهما، او لم یکن لاحدهما ید علیه، فهو للحالف مع نکول الآخر. فانه اذا کان فی یدیهما مقتضی الید هو الشرکة. فعلی کل منهما الحلف علی ما یدعیه الآخر من کون مجموع الجدار له، فان حلف احدهما دون الآخر ثبت ما یدعیه. و ان لم یکن فی یدیهما، فیحتمل الشرکة من غیر الحلف، و یحتمل کونه من باب التداعی، و علی التقدیرین حیث انه من المعلوم عدم خروجه عنهما، بل هو اما لهما أو لاحدهما، فلو حلف احدهما مع نکول الآخر ثبت به حقه.

و لو حلفا او نکلا فلهما، للید، او العلم بعدم خروجه عنهما، و لا ترجیح لاحدهما علی الآخر، فیحکم بالتنصیف. هذا کله مع عدم البینة لاحدهما، و الا فیحکم بانه له للبینة.

و لو اتصل ببناء احدهما اتصال ترصیف او کان له علیه طرح من قبة او غرفة او نحو تلک مما یکون لاحدهما اختصاص به فهو له مع الیمین ان لم یکن للآخر بینة، لصدق کون الید له بذلک.

و یمکن ان یستدل له بصحیح منصور بن حازم عن ابی عبد اللّه علیه السلام

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۸۱

و لا یتصرف الشریک فی الحائط و الدولاب و البئر و النهر بغیر اذن شریکه، و لا یجبر الشریک علی العمارة

عن خص بین دارین: فزعم ان علیا علیه السلام قضی به لصاحب الدار الذی من قبله القماط «۱» المعتضد بخبر عمرو بن شمر عن جابر عن ابی جعفر علیه السلام عن ابیه عن جده عن علی علیه السلام انه قضی فی رجلین اختصما الیه فی خص، فقال علیه السلام: ان الخص للذی الیه القماط «۲» و قد عمل معظم الاصحاب بهما. و دعوی انهما قضیة فی واقعة- کما عن النافع- بعد کون الامام علیه السلام ینقلها فی مقام بیان الحکم، کما تری. لا اشکال و لا خلاف فی انه لا یجوز ان یتصرف الشریک فی الحائط کما لا یجوز له التصرف فی سائر الاموال المشترکة من الدار و الدولاب و البئر و النهر و ما شاکل بغیر اذن شریکه لعدم جواز التصرف فی مال الغیر بغیر اذنه. نعم، قد مر انه لا دلیل علی حرمة الانتفاع بمال الغیر ان لم یعد تصرفا، کالاستضاءة، بنور الغیر. و ربما یشتبه الامر فی انه من التصرف ام لا کإسناد المتاع الی الحائط مع انتفاء الضرر، و مقتضی اصالة البراءة هو الجواز فی الموارد المشکوک فیها.

و لو انهدم الجدار لا یجبر الشریک علی العمارة اذ لا یجب علی الانسان عمارة جداره المختص فضلا عن المشترک. و هذا لا کلام فیه، انما الکلام فی انه هل تتوقف العمارة علی اذن الشریک کما لعله المشهور، ام یجوز له البناء و ان نهاه کما عن الشیخ، ام یفصل بین اعادته بالآلة المشترکة فالثانی، و بین اعادته بآلة من عنده فالاول.

---

(۱) الوسائل باب ۱۴ من کتاب الصلح حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۱۴ من کتاب الصلح حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۸۲

و القول قول صاحب السفل فی جدران البیت، و قول صاحب العلو فی السقف و جدران الغرفة و الدرجة،

و الاظهر هو الاول، لعدم جواز التصرف فی ملک الغیر بغیر اذنه.

و استدل للثانی بانه نفع و احسان فی حق الشریک فلا یشترط رضاه، حیث انه یعمر حائطه و لا یغرمه فی نفقته و لا ضرر فیه علیه. و فیه: ان ایصال النفع الی الغیر و الاحسان الیه بغیر التصرف فی ماله حسن و مطلوب، و مع التصرف فی ماله حیث ینطبق علیه عنوان قبیح فلا یکون حسنا.

و استدل للثالث بانه علی الاول یبقی شریکا کالاول، بخلافه علی الثانی. و قد ظهر مما مر ما فیه.

و منها: انه لو تنازع صاحب العلو و السفل فی جدارهما، ف القول قول صاحب السفل فی جدران البیت، و قول صاحب العلو فی السقف و جدران الغرفة و الدرجة کما هو المشهور بین الاصحاب، و قیل باشتراکهما فی جدار السفل و اختصاص صاحب العلو بجداره. عن الشیخ ره و الشهید اشتراکهما فی السقف. فهاهنا احکام.

۱- لو تنازعا فی جدران البیت، فالظاهر تقدیم قول صاحب السفل، لان جدران البیت جزئه فیحکم بها لصاحبه.

۲- لو تنازعا فی السقف- و المراد به الحامل للغرفة المتوسط بینها و بین البیت- فقد استدل لتقدیم قول صاحب العلو بان الغرفة انما تتحقق بالسقف الحامل لانه ارضها، و البیت قد یکون بغیر سقف، و هما متصادقان علی ان هنا غرفة فلا بد من تحققها. و بان تصرفه فیه اغلب من تصرف صاحب السفل.

و به یظهر اندفاع ما استدل به لما ذهب الیه الشیخ و الشهید من اشتراکهما فیه، بانه سقف لصاحب البیت و ارض لصاحب الغرفة، فکان کالجزء من کل منهما.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۸۳

و اما الخزانة تحتها فلهما، و طریق العلو فی الصحن بینهما و الباقی للاسفل و للجار عطف اغصان الشجرة، فان تعذر قطعها عن ملکه.

و اضعف من ذلک ما فی الشرائع من الرجوع الی القرعة لانها لکل امر مشتبه، اذ یرد علیه- مضافا الی ما مر- ان غایة ما هناک کونه تحت یدیهما فهما شریکان فیه.

۳- لو تنازعا فی جدران الغرفة، لا إشکال فی تقدیم قول صاحب العلو، لانها جزء من الغرفة فیحکم بها لصاحبها.

۴- لو تنازعا فی الدرجة، فالظاهر تقدیم قول صاحب العلو، لاختصاصه بالتصرف فیها بالسلوک و ان کانت موضوعة فی الارض التی هی لصاحب السفل، لان مجرد ذلک لا یوجب صدق الید.

فاما الخزانة تحتها فلهما لان لکل منهما شاهدا بملکها، اذ الظاهر کما مر ان الدرجة لصاحب العلو فیکون قرارها کالهواء له، و حیث انها متصلة بما یملکه الاسفل بل هی من جملة البیوتات السفلی فظاهره کونه لصاحب السفل، فیحکم بها لهما بعد التحالف.

و منها: ما لو تداعیا فی الصحن، قالوا: طریق العلو فی الصحن بینهما و الباقی للاسفل. و علّلوه بان صاحب العلو لما افتقر سلوکه الیه فی التصرف من الصحن فی قدر الممر کان له ید علیه دون باقی الصحن، و صاحب السفل یشارکه فی التصرف فی ذلک و ینفرد بالباقی، فیکون قدر المسلک بینهما لصدق کون یدیهما علیه، بخلاف الباقی فان ید الاسفل علیه خاصة.

و منها: انه اذا خرج اغصان شجرة الی ملک الجار، فعلی مالکها عطفها او قطعها تحرزا من اشغال ملک الغیر بملکه. و ان لم یفعل ف للجار عطف اغصان الشجرة، فان تعذر قطعها عن ملکه لان بقائه عدوان، و قاعدة حرمة التصرف فی مال الغیر لا تأتی فی دفع الظلم و الضرر عنه، و لذا لم یشک احد فی انه اذا دخل بهیمة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۹، ص: ۴۸۴

و راکب الدابهٔ اولی من قابض لجامها و صاحب الاسفل اولی بالغرفهٔ المفتوح بابها الی غیره مع التنازع و الیمین و عدم البینهٔ.

الغیر داره له ان یخرجها منها.

نعم، یجب علیه اولاـ مراجعهٔ المالـک ثمّ عطف الاغصان ان امکان و الا یقطعها، بل قـد یظهر من التحریر ان للمالک الازالـهٔ من دون استئذان من مالک الشـجرهٔ، بل صرح به المحقق الثانی ره، لان ازالهٔ العدوان امر ثابت له و توقفها علی اذن الغیر ضرر علیه، و لا یخلو عن وجه و ان کان الاول احوط، و احوط منه الاستئـذان من الحاکم فرارا عن التصـرف فی ملک الغیر بغیر اذنه او اذن من یقوم مقامه مع التمکن، و اللّه العالم.

و منهـا: ان راکب الدابـهٔ أولی من قابض لجامها کما عن الشـیخ و غیره، لظهور یـد الاختصاص له. و لکن الظاهر انهما سواء، کما عن الخلاـف و السرائر و المحقق الثـانی و الشـهید الثـانی فی المسالـک و غیرهم، لثبوت یـد کـل منهما علیها، و لا ترجیـح لقوهٔ تصـرف الراکب و شـدته بالنسبهٔ الی القـابض و لاـ لزیـادته، و لـذلک ذهبوا الی اشتراک الثوب بین شخصـین لکـل منهمـا یـد علیه و ان کان تصرف احدهما ازید.

و منها: انه لو تـداعیا غرفـهٔ علی بیت احـدهما و بابها الی غرفـهٔ الآخر کان الرجحان لـدعوی صاحب البیت، لکونها فی ملکه الـذی هو هواء بیته التابع لقراره، و مجرد فتـح الباب الی الغیر لا یفیـد یـدا عرفا، و هذا هو مراد المصـنف ره حیث قال: (و صاحب الاسـفل اولی بالغرفهٔ المفتوح بابها الی غیره مع التنازع و الیمین و عدم البینهٔ) و اللّه العالم.

قد تم الجزء التاسع عشر من کتابنا فقه الصادق و یتلوه الجزء العشرون من اول کتاب الدیون، و الحمد للّه اولًا و آخراً.

تعریف مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

جاهِدُوا بِأَمْوالِکُمْ وَ أَنْفُسِکُمْ فی سَبیلِ اللَّهِ ذلِکُمْ خَیْرٌ لَکُمْ إِنْ کُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبهٔ/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ ُبنُ موسَی الرِّضا – علَیهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْیَا أمْرَنَا... َ یَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ یُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِـنَ کَلَامِنَـا لَاتَّبَعُونَـا... (بَـنـادِرُ البِحـار – فی تلخیص بحـار الأنوار، للعلاّمـهٔ فیض الاسـلام، ص ۱۵۹؛ عُیونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشـّیخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّ‌س مُجتمَع "القائمیّهٔ "الثّقافیّ بأصبَهانَ – إیرانَ: الشـهید آیـهٔ الله "الشـمس آباذی – "رَحِمَهُ اللهُ – کان أحـداً من جَهابـذهٔ هـذه المدینهٔ، الذی قدِ اشـتهَرَ بشَعَفِهِ بأهل بَیت النبیّ (صـلواتُ اللهِ علَیهـم) و لاسیَّما بحضرهٔ الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (علیه السّـلام) و بِساحهٔ صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّریفَ)؛ و لهـذا أسّس مع نظره و درایته، فی سَنَـهِٔ ۱۳۴۰ الهجریّهٔ الشمسیّهٔ (=۱۳۸۰ الهجریّهٔ القمریّهْ)، مؤسَّسهً و طریقهً لَم یَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ کلَّ یوم.

مرکز "القائمیّهٔ "للتحرِّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إیرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَـهِٔ ۱۳۸۵ الهجریّهٔ الشمسیّهٔ (=۱۴۲۷ الهجریّهٔ القمریّهْ) تحتَ عنایـهٔ سـماحهٔ آیـهٔ الله الحـاجّ السیّد حسن الإمـامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَـدَهِٔ جمعٍ من خِرّیجی الحوزات العلمیّهٔ و طلاب الجوامع، باللیل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دینیّهٔ، ثقافیّهٔ و علمیّهْ...

الأهداف: الدّفاع عن ساحهٔ الشیعهٔ و تبسیط ثَقافهٔ الثَّقَلَین (کتاب الله و اهل البیت علیهِـمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزیز دوافع الشـّباب و عموم النـاس إلی التَّحَرِّی الأدَقّ للمسائـل الدّینیّهٔ، تخلیف المطـالب النّافعـهٔ – مکـانَ البَلاـتیثِ المبتذلـهٔ أو الرّدیئـهٔ – فی المحـامیل (=الهواتف المنقولهٔ) و الحواسیب (=الأجهزهٔ الکمبیوتریّهٔ)، تمهید أرضیّهٍ واسعهٍ جامعهٍ ثَقافیّهٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البیت –علیهم السّـلام – بباعث نشـر المعارف، خـدمات للمحققین و الطّلاّب، توسعهٔ ثقافهٔ القراءهٔ و إغناء أوقات فراغـهٔ هُواهِٔ برامِـج العلوم

الإسلامیّة، إنالهٔ المنابع اللازمهٔ لتسهیل رفع الإبهام و الشّـبُهات المنتشرهٔ فی الجامعهٔ، و...

- مِنها العَدالهٔ الاجتماعیّهٔ: التی یُمکِن نشرها و بثّها بالأجهزهٔ الحدیثهٔ متصاعدهٔ، علی أنّه یُمکِن تسریعُ إبراز المَرافِق و التسهیلاتِ– فی آکناف البلد - و نشرِ الثّقافهِ الاسلامیّهٔ و الإیرانیّهٔ – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطهٔ الواسعهٔ للمرکز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ کتبٍ، کتیبهٔ، نشرهٔ شهریّهٔ، مع إقامهٔ مسابقات القِراءهٔ

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقیقیّهٔ و مکتبیهٔ، قابلهٔ للتشغیل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثـّلاثیهِٔ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّکهٔ و... الأماکن الدینیّهٔ، السیاحیّهٔ و...

د) إبداع الموقع الانترنتی" القائمیّهٔ "www.Ghaemiyeh.com و عدّهٔ مَواقِعَ اُخـَرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضیّهٔ، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمریّهٔ

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابهٔ الأسئلهٔ الشرعیّهٔ، الاخلاقیّهٔ و الاعتقادیّهٔ (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسیم النظام التلقائیّ و الیدویّ للبلوتوث، ویب کشک، و الرّسائل القصیرهٔ SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراکزَ طبیعیّهٔ و اعتباریّهٔ، منها بیوت الآیات العِظام، الحوزات العلمیّهٔ، الجوامع، الأماکن الدینیّهٔ کمسجد جَمکرانَ و...

ط) إقامهٔ المؤتمَرات، و تنفیذ مشروع" ما قبلَ المدرسهٔ "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِکین فی الجلسهٔ

ی) إقامهٔ دورات تعلیمیّهٔ عمومیّهٔ و دورات تربیهٔ المربّی (حضوراً و افتراضاً) طیلهٔ السَّنَهٔ

المکتب الرّئیسیّ: إیران/أصبهان/ شارع"مسجد سیّد/ "ما بینَ شارع"پنج رَمَضان "ومُفترَق"وفائی/"بنایهٔ"القائمیّهٔ"

تاریخ التأسیس: ۱۳۸۵ الهجریّهٔ الشمسیّهٔ (=۱۴۲۷ الهجریهٔ القمریّهٔ)

رقم التسجیل: ۲۳۷۳

الهویّهٔ الوطنیّهٔ: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البرید الالکترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاکس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مکتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التّجاریّهٔ و المَبیعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمین ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظهٔ هامّهٔ:

المیزانیّهٔ الحالیّهٔ لهذا المرکز، شـَعبیّهٔ، تبرّعیّهٔ، غیر حکومیّهٔ، و غیر ربحیّهٔ، اقتُنِیَت باهتمام جمع من الخیّرین؛ لکنّها لا تُوافِی الحجمَ المتزاید و المتّسِعَ للامور الدّینیّهٔ و العلمیّهٔ الحالیّهٔ و مشاریع التوسعهٔ الثّقافیّهٔ؛ لهذا فقد ترجّی هذا المرکزُ صاحِبَ هذا البیتِ (المُسمَّی بالقائمیّهٔ) و مع ذلک، یرجو مِن جانب سماحهٔ بقیّهٔ الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرَجَهُ الشَّریفَ) أن یُوفِّقَ الکلَّ توفیقاً متزائداً لِإعانتهم - فی حدّ التّمکّن لکلّ احدٍ منهم – إیّانا فی هذا الأمر العظیم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفیق.